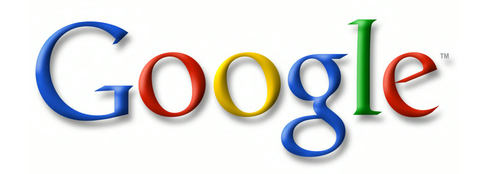


LE DROIT CIVIL INTERNATIONAL

PAR

F. LAURENT,
PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND

TOME PREMIER



BRUXELLES.
BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie, ÉDITEURS,
RUE BLAES, 31.

PARIS.
LIBRAIRIE A. MARESCQ, AINÉ,
RUE SOUFFLOT, 20.

1880

DROIT CIVIL

INTERNATIONAL.

DROIT CIVIL

INTERNATIONAL

PAR

F. LAURENT,

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND.

TOME PREMIER



BRUXELLES.

BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie, ÉDITEURS,

RUE BLAES, 33.

PARIS.

LIBRAIRIE A. MARESCQ, AINÉ,

RUE SOUFFLOT, 20

1880

Bruxelles. — Typ. Bruylant-Christophe & Cie.

DÉDICACE

Je dédie ces Études à

MANCINI

Membre du Parlement italien et Président de l'Institut du Droit international.

C'est un hommage que je rends à l'Italie, qui a inauguré le droit international privé, et à l'homme éminent sous l'inspiration duquel les principes de notre science ont été inscrits dans le code italien.

C'est en même temps une dette que j'acquitte envers l'Institut, dont j'ai l'honneur d'être membre.

F. LAURENT.

AVANT-PROPOS.

Il y a une lacune dans mes *Principes de droit civil.* J'ai parlé plus longuement de la théorie des statuts que ne l'ont fait les interprètes français du code Napoléon; mais la matière est trop vaste et trop difficile pour qu'on puisse la traiter dans un commentaire du code. La doctrine des statuts est devenue une science, celle du droit international privé. Elle a fait l'objet de nombreux travaux. Il est temps que la Belgique y prenne part. J'ai dit, dans l'Introduction de ce livre, comment j'ai été amené à m'occuper de ces études. Elles ont une importance pratique qu'il est inutile de démontrer : les annales de la jurisprudence en font foi. On sera peut-être étonné de ce que je consacre tout un volume à l'histoire du droit civil

international. Si mes lecteurs veulent lire jusqu'au bout cette esquisse historique, ils se convaincront combien elle est utile, je dirai plus, nécessaire.

Mon intention était de publier simultanément la partie dogmatique et la partie historique de ces *Études*. Je me suis décidé à hâter la publication du premier volume, parce qu'il servira de complément au Rapport que j'ai eu l'honneur d'adresser à M. le ministre de la justice, sur le titre préliminaire du *Projet de révision du code civil,* dont il a bien voulu me charger. C'est une pièce du dossier législatif que j'ai recueilli.

Gand, ce 1er octobre 1879.

F. LAURENT.

INTRODUCTION [1].

Y A-T-IL UN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ?

§ 1. — *Le droit international privé et le droit des gens.*

1. Le nom (2) que porte la science qui fait l'objet de ces *Études* marque qu'elle se rattache au droit qui régit les rapports des nations. Tous les auteurs qui ont écrit sur la matière, à l'exception de Rocco, sont d'accord sur ce point (3). Le droit international privé est une branche du droit international public, que l'on appelle d'ordinaire droit des gens. Il est vrai que les règles qu'il établit concernent

(1) Cette *Introduction* a paru dans le *Journal du Droit international privé* de Clunet, sous le titre d'*Etudes*. En changeant de titre, je n'ai pas changé le caractère de mon livre. Voyez la fin de l'*Introduction*, n° 42.

(2) Portalis, premier président à la cour de cassation, est le premier, je crois, qui a donné à notre science le titre de *Droit civil international*. Dans son rapport fait en 1843, à l'Académie des sciences morales et politiques, sur l'ouvrage de Rocco, il dit que l'on pourrait désigner avec justesse cette partie du droit civil sous le nom de *Droit civil international*. (Rapports et procès-verbaux de l'Académie des sciences morales et politiques, publiés par Vergé, 1843, t. I, p. 452.) Dans cette même année parut le traité de Fœlix sur le *Droit international privé*. Le titre est plus large; il comprend le droit commercial et le droit pénal. Mon livre étant la suite de mes *Principes de droit civil*, je me borne au droit *civil* proprement dit.

(3) Voyez les auteurs cités par Fœlix, *Traité du droit international privé* (4e édit., 1866), t. I, p. 27, note. Il faut ajouter Fiore, *Diritto internazionale privato*, 1869, p. 5 et 6.

des intérêts privés, mais ces règles diffèrent, par leur nature, de celles qui forment le droit civil. Le droit civil est essentiellement interne; il procède du législateur de chaque Etat et varie par conséquent d'un État à l'autre. Le droit privé international, au contraire, est externe; c'est le *conflit des lois* de différentes nations qui y a donné naissance; la plupart des auteurs lui donnent ce titre (1). Si le conflit se présente parfois dans le sein d'un seul État, entre les lois ou les coutumes qui le régissent, c'est là où l'État n'est pas encore arrivé à l'unité. Il en était ainsi dans l'ancienne France, où le droit différait dans les pays de droit écrit et dans les pays de droit coutumier, et dans ces derniers il variait non seulement d'une province à l'autre, mais encore d'une ville, et parfois d'un village à l'autre : c'était un débris des petites souverainetés féodales, dont chacune avait son droit particulier, ce qui donnait lieu à des conflits fréquents entre les diverses coutumes, jusqu'à ce que la Révolution y mît fin en dotant la France d'un code unique, régissant tout le territoire de la République. Les mêmes causes produisirent les mêmes effets dans l'empire d'Allemagne; le droit y était d'une diversité infinie, jusqu'à varier, dans une même ville, d'une rue à l'autre (2). Aujourd'hui que l'Allemagne est arrivée à l'unité politique, elle ne tardera pas à réaliser le vœu que Thibaut émettait en 1815, celui d'une même loi pour une même patrie; déjà il y a un Code de commerce pour tout l'empire. Dans la Grande-Bretagne, le droit diffère encore dans les divers royaumes unis : le droit de l'Ecosse n'est pas celui de l'Angleterre, et cette diversité donne lieu à des conflits, comme il y en a entre les lois de divers États. Alors même que toutes les nations auront accompli le travail d'unité qui se fait partout, le droit variera toujours d'un peuple à l'autre; de là des conflits

(1) Tel est le traité de Huber, *De Conflictu legum*. Il en est de même des traités de Story, de Wharton, etc. Celui de Paul Voet est intitulé : *De Concursu legum*.

(2) Telle maison placée sur la limite de deux juridictions était régie par deux lois différentes. (Savigny, *Traité de droit romain*, traduction de Guenoux, t. VIII, p. 23, note *c*.)

inévitables, dont la solution fait l'objet d'une science à laquelle on a donné le nom de droit international privé.

C'est parce que le droit des nations diverses est en cause, que le droit civil international se distingue du droit privé qui régit chaque peuple. Le droit des gens est le même, en théorie du moins, pour toute l'humanité. Le droit international privé tend aussi à l'unité, non en ce sens qu'il ait pour idéal l'uniformité des lois pour toutes les fractions du genre humain; un pareil idéal serait une utopie, car, tant qu'il y aura des nations diverses, il y aura aussi des droits divers, et par suite des conflits. Mais les règles qui servent à résoudre ces conflits peuvent et doivent être les mêmes, malgré la variété des législations. C'est cette unité-là que le droit international privé cherche à établir. Comment l'unité peut-elle être réalisée? La question est capitale, puisqu'il s'agit de la formation, c'est-à-dire de l'existence même du droit international privé. Il ne se forme pas, comme le droit civil de chaque peuple, par voie de législation ou de commandement d'une autorité supérieure, puisque les nations souveraines ne reconnaissent pas d'autorité qui ait le pouvoir de leur commander : chaque législateur ne peut faire de lois que dans les limites de la souveraineté territoriale dont il est l'organe; dès lors l'unité ne peut s'établir par voie de législation. Ici reparaît l'analogie entre le droit international privé et le droit des gens. Les nations ont leur personnalité, comme les individus; entre individus, les rapports juridiques naissent de conventions; il en est de même des nations, elles ne peuvent être obligées que par leur consentement; de là les traités qui forment la base du droit des gens positif. C'est aussi par voie de concours de consentement que les nations s'obligent à observer certaines règles, destinées à vider les conflits qui se présentent dans l'application des lois particulières des divers États. Les conventions ne sont pas nécessairement expresses; le consentement tacite suffit pour former un engagement. Il en est de même des conventions internationales; la plupart de celles qui forment la base du droit des gens sont tacites; le droit des gens est principalement un droit coutumier, fondé sur le consentement tacite

des peuples. Ce qui est vrai du droit des gens l'est aussi du droit international privé (1) : des règles communes à toutes les nations ne peuvent se former que par un concours de consentement exprès ou tacite. Jusqu'ici les traités sont peu nombreux ; ce sont des conventions particulières entre deux États, et elles n'ont de rapport qu'aux intérêts des parties contractantes. Restent les coutumes qui s'établissent par consentement tacite. C'est à peu près la source unique du droit international privé. A mon avis, elle est très insuffisante ; j'y reviendrai.

Pour le moment, je me borne à constater la différence très grande qui existe entre les coutumes internationales et les coutumes qui forment une des sources du droit civil de chaque État. Ces dernières tiennent lieu de lois, c'est l'expression tacite de la souveraineté nationale ; on peut les appeler des lois tacites. Il n'en est pas de même du droit coutumier international. Dès que les nations sont en cause, il ne peut être question de lois, puisqu'elles ne reconnaissent pas de législateur. Les coutumes internationales sont des traités tacites. Comment ces conventions se forment-elles ? Question capitale, puisqu'il s'agit de la base unique du droit international privé, aussi longtemps qu'il n'y aura pas de traités proprement dits. La question est aussi difficile qu'importante. On considère d'ordinaire les coutumes internationales comme étant de même nature que les coutumes nationales. Cela n'est pas exact : les unes sont des traités tacites, les autres sont des lois tacites. Or, grande est la différence entre les traités et les lois ; les traités se forment par concours de volontés, et les lois par voie de commandement ; les traités différant des lois par leur essence, les conditions sous lesquelles des traités tacites peuvent se former doivent aussi différer des conditions qui régissent les lois tacites. Je reviendrai sur ces difficultés (2).

2. Le lien intime qui existe entre le droit international

(1) Lawrence, *Commentaire sur Wheaton*, t. I, p. 108, dit que le droit des gens privé est une espèce de *common law*, c'est-à-dire de droit coutumier qui équivaut au droit *non écrit* d'un pays.
(2) Voyez plus loin, nos 440 et 441.

privé et le droit des gens soulève un problème redoutable. Y a-t-il un droit des gens? On l'a nié, et les motifs de douter ne manquent point. Peut-il y avoir un droit sans législateur, sans un tribunal qui applique la loi, et sans une autorité qui prête main-forte à la sentence du juge? Et où est, en matière de droit des gens, le pouvoir législatif, le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif? On a répondu que le droit est antérieur à la loi, qu'il résulte de la nature de l'homme et des sociétés civiles; si les rapports entre les individus sont nécessairement régis par le droit, il en doit être de même des relations internationales, car les nations sont de Dieu aussi bien que les hommes. Telle est aussi ma plus chère croyance; je l'ai exprimée à une époque où le sentiment du droit paraissait faiblir dans la conscience générale (1). Toujours est-il que le droit des gens n'a point la certitude ni l'autorité qu'ont le droit civil et le droit public, qui sont presque partout codifiés, tandis que le droit des gens ne saurait l'être, tant que l'humanité n'est pas organisée. D'ailleurs l'existence de règles juridiques ne suffit point pour que le droit ait la force obligatoire qui est de son essence. Il faut un tribunal qui décide les contestations auxquelles les rapports des peuples comme ceux des individus donnent naissance, et faut-il demander où sont les juges internationaux devant lesquels se portent les débats des nations, et où est l'autorité qui contraint la partie condamnée à exécuter le jugement?

Un grand jurisconsulte répond à ces questions en avouant que le droit des gens ne fait que de naître, et qu'il manque toujours de la sanction de l'exécution forcée, sans laquelle il n'y a point de droit proprement dit. Mais, dit M. Bluntschli, ces lacunes seront comblées dans l'avenir, quand le genre humain formera un seul Etat, qui comprendra toutes les nations. Le célèbre professeur de Heidelberg a la ferme conviction que l'humanité, désorganisée aujourd'hui, s'organisera un jour; alors le droit prendra définitivement la place de la force, et les débats judiciaires remplaceront les sanglantes luttes des champs de ba-

(1) Introduction à la deuxième édition de mes *Études sur l'histoire de l'humanité*, t. I, p. 13 et 14.

taille (1). Ce n'est pas ici le lieu de discuter une question qui appartient à un avenir tellement lointain, qu'il est inutile de l'aborder dans des études sur le droit international privé, c'est-à-dire sur un droit positif. Bluntschli reconnaît que ce qui est pour lui un idéal, est regardé par d'autres comme une utopie. J'ai exprimé mes doutes ailleurs ; mon excellent collègue et ami y a répondu. J'abandonne la décision à ceux qui viendront après nous, et qui, plus heureux que nous, apercevront peut-être les premières lueurs d'une ère de droit et de paix (2).

3. Les doutes que soulève l'existence d'un droit des gens existent aussi, dans une certaine mesure, pour le droit international privé. S'il est vrai, comme on l'admet généralement (3), que le droit international privé appartient au droit des gens, on peut dire de l'un ce qui est vrai de l'autre. Il n'y a que cette différence, que le droit des gens a pour objet des rapports d'intérêt public, tandis que le droit international privé est au fond identique avec le droit civil de chaque État, en ce sens qu'il s'occupe d'intérêts privés. La différence est considérable, et elle conduit à des conséquences importantes. Je viens de dire que l'existence d'un droit proprement dit, régissant les nations, est problématique ; en réalité, c'est la force qui décide leurs différends, ce n'est pas la justice. Il n'en est pas de même du droit international privé. Ce ne sont plus des nations qui sont en cause, ce sont des individus ; ce n'est plus la guerre qui tranche le différend, ce sont les tribunaux.

Néanmoins, il est vrai de dire que l'existence du droit international privé n'est rien moins que certaine. Ce qui fait naître des contestations tous les jours plus nombreuses en cette matière, c'est la contrariété des diverses lois dont on demande l'application au juge. Est-ce la loi nationale que le juge doit appliquer, ou est-ce la loi des parties qui sont en cause? Et que fera-t-il si les plaideurs appartien-

(1) Bluntschli, *Das modern Völkerrecht*, 3e édit., 1878, p. 2 et suiv., *Allgemeine Staatslehre*, 5e édit., 1875, p. 26 et suiv.
(2) Voyez le tome Ier de mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, 2e édit., p. 38-45. Bluntschli, *Allgemeines Staatsrecht*, t. I, p. 35 et 36, note 2.
(3) Voyez ci-dessus, no 1.

nent à des nations diverses? Tiendra-t-il compte du lieu où sont situées les choses qui forment l'objet du débat? Distinguera-t-il si ce sont des meubles ou des immeubles? S'il s'agit de contrats, aura-t-il égard à la loi du lieu où la convention s'est formée? donnera-t-il la préférence à la loi du créancier, ou à celle du débiteur? S'il y a des écrits, des actes, suivra-t-il toujours la loi du lieu où l'instrument a été dressé? Par quels principes se décidera-t-il dans cette mer de doutes? Ce sont ces principes qui forment l'objet du droit international privé. Où le juge les puisera-t-il? Si c'est un juge français ou belge, consultera-t-il le code Napoléon? Il y trouvera un article sur l'effet des lois personnelles et des lois réelles, il y trouvera des applications de la maxime *Locus regit actum*. Voilà tout; ce qui équivaut à peu près à l'absence d'une loi. Le juge italien est plus heureux : sous l'inspiration de Mancini, l'Italie a pris une glorieuse initiative, elle a inscrit dans son code le principe de nationalité et les conséquences qui en découlent. Dans les pays immenses sur lesquels s'étend la domination de la race anglo-américaine, il n'y a aucune loi. Chose singulière, l'Angleterre et les États-Unis sont encore régis par un droit coutumier qui plonge ses racines dans la féodalité, droit essentiellement territorial; les juges anglo-américains ne reconnaissent d'autre loi que celle de leur pays : cela revient presque à nier le droit international (1).

Ainsi on nie qu'il y ait un droit qui régisse les rapports d'intérêt privé entre les nations, comme on nie l'existence d'un droit des gens. Les raisons de douter ne sont pas les mêmes, mais peu importe; toujours est-il que l'on ne peut admettre un droit international tant que les principes qui le constituent ne sont pas reconnus par tous les peuples. L'unité en cette matière est un élément essentiel. On conçoit que le droit civil varie d'un État à un autre; mais le droit international n'est pas un droit particulier; comme le nom même l'indique, il régit toutes les nations, considérées comme fractions de l'humanité; et l'humanité étant une, le droit aussi doit être un. Or, peut-il être question d'un

(1) Story. *Conflict of laws*, § 70, p. 70, 7e édit.

droit de toutes les nations, alors que des peuples puissants ne veulent pas entendre parler d'un autre droit que de leur droit national?

On dira que les Anglo-Américains ont beau se retrancher dans leur *common law;* que la force des choses les oblige à tenir compte des lois étrangères. Cela est vrai. Il en était de même dans l'ancien droit. On reconnaissait comme principe que les coutumes sont *réelles*, ce qui est le principe féodal; mais, malgré la réalité des coutumes, on admettait des statuts personnels; seulement la portée des statuts personnels était douteuse, les uns en étendaient la force, au point d'en faire la règle des rapports internationaux, tandis que d'autres les restreignaient pour en faire une rare exception. Ces inconséquences et ces incertitudes, qui jadis régnaient dans un seul et même Etat, existent encore aujourd'hui dans les relations internationales. L'Italie s'est mise à la tête du mouvement national, ce qui aboutit à déclarer les lois personnelles en principe. Les autres peuples sont restés attachés, plus ou moins, au principe féodal, les uns s'en écartant pour faire une place tous les jours plus grande à la personnalité, les autres se refusant à admettre l'action des lois étrangères, sauf dans les cas où leur propre loi la consacre. Ainsi, il y a lutte entre le principe national ou personnel et le principe féodal ou territorial. Je dirai plus loin que la lutte, à mon avis, ne se terminera point par la domination exclusive de l'un des principes : chacun a sa raison d'être, seulement il faut circonscrire chacun dans les limites qui résultent de la nature des diverses lois. Il sera ainsi donné satisfaction aux principes qui divisent aujourd'hui les nations et la science, ce qui permettra de les concilier, et de parvenir à l'unité, sans laquelle il n'y a point de droit international privé.

4. Une affaire qui a acquis une célébrité européenne, a mis à nu tout ce qu'il y a d'incertitudes, de contradictions et d'impuissance dans ce qu'on appelle droit civil international. Mlle Henriette-Valentine de Riquet, comtesse de Caraman-Chimay, Belge de naissance, épousa le prince de Bauffremont, et devint Française par son mariage. Un

arrêt de la cour de Paris, du 1er août 1874, prononça la séparation de corps entre les époux. Le 3 mai 1875, la princesse obtint la naturalisation dans le duché de Saxe-Altenbourg, et le 25 octobre 1875, l'officier de l'état civil de Berlin célébra son mariage avec le prince Bibesco, Roumain. Sur la demande du prince de Bauffremont, le tribunal de la Seine décida que ce mariage était nul, et la cour de Paris confirma cette décision, par arrêt du 17 juillet 1876 (1). L'affaire ayant été portée devant la Cour de cassation, il intervint un arrêt de rejet de la chambre civile (2).

Ces faits ont vivement ému l'opinion publique en France et à l'étranger. Des dissertations furent publiées sur l'affaire Bauffremont non seulement en France et en Allemagne, mais encore en Suisse, en Italie, en Belgique; le dissentiment dans le domaine de la science est aussi grand que sur le terrain des faits. La femme séparée de corps peut-elle se faire naturaliser sans autorisation maritale ou de justice? Peut-elle, après avoir été naturalisée sans autorisation, contracter un nouveau mariage? J'examinerai la question dans le cours de ces *Études;* dès maintenant je déclare qu'à mon avis, la naturalisation et le mariage d'une femme séparée de corps, sont des impossibilités juridiques. Pour le moment, j'appelle l'attention de ceux qui s'intéressent à la science du droit international privé, sur les enseignements qu'offre l'affaire Bauffremont. Parmi les principes de notre science, il y en a un qui paraissait à l'abri de toute contestation; il est inscrit dans le code civil : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger » (art. 3). C'est ce qu'on appelle le statut personnel, parce qu'il est tellement inhérent à la personne, qu'il fait corps avec elle. Or, s'il y a un statut personnel, c'est bien celui du mariage, fondement de l'ordre civil et mo-

(1) Voyez, dans le même sens, les excellentes dissertations publiées par M. Labbé dans le *Journal du droit international privé,* 1875, p. 409, et 1877, p. 5.

(2) Arrêt du 18 mars 1878, sur les conclusions contraires de l'avocat général Charrins (Dalloz, 1878, 1, 201).

ral. La princesse de Bauffremont, mariée sous l'empire d'une loi qui déclare le mariage indissoluble, ne pouvait rompre son union ni directement, ni indirectement, par sa volonté. Voilà ce que signifie le statut personnel en ce qui concerne le mariage. Eh bien, au moyen de la naturalisation demandée dans le but d'échapper à son statut personnel, la princesse arrive à l'éluder. D'après son statut, elle est femme mariée en premières noces, et ce lien, elle ne peut le rompre. Elle le rompt néanmoins par une voie indirecte, et tout en restant, en vertu de son statut personnel, princesse de Bauffremont, elle devient, par suite de sa naturalisation, princesse de Bibesco. Elle a deux maris, elle est bigame. Femme séparée de corps en France, elle reste femme mariée, tenue comme telle du devoir de fidélité, coupable d'adultère si elle y manque. Femme naturalisée en Allemagne, et réputée divorcée, elle contracte un second mariage, alors que le premier subsiste, en vertu de son statut : elle est légalement adultère. En vérité, le tribunal de la Seine n'a pas tort de crier au scandale, en déclarant que la naturalisation et le mariage qui l'a suivie sont des entreprises également contraires aux bonnes mœurs et à la loi. C'est, en tout cas, un spectacle affligeant : la princesse de Bauffremont, femme légitime en Allemagne, est bigame et adultère en France. Qu'est-ce donc que le droit international privé qui proclame comme un axiome l'unité de l'état, et de l'incapacité qui en résulte? Vérité en France, erreur en Allemagne!

Je me suis placé sur le terrain du statut français, c'est le terrain légal du débat, au point de vue du droit international privé. Il faut entendre aussi les partisans de l'opinion contraire. Le dissentiment est complet, et de part et d'autre on invoque le droit international, on invoque la morale. Il y aurait donc deux morales, et ce que l'une approuve, l'autre le flétrit. Il y aurait deux droits, et ce que l'un autorise et légitime, l'autre le prohibe et l'annule. La naturalisation, dit M. Bluntschli, est un acte politique, dont la validité dépend exclusivement de la loi allemande; les tribunaux français sont incompétents pour en connaî-

tre (1). Peu nous importe, dit la cour de Paris, que la naturalisation de la princesse de Bauffremont soit valable en Allemagne, la loi allemande ne peut abroger le statut personnel de la femme française; la princesse reste femme mariée, incapable de contracter un nouveau mariage. Voilà le conflit des statuts, que le droit international privé a pour objet de vider : et il se trouve qu'en fait le conflit est insoluble. La princesse est Allemande en Allemagne, puis Roumaine, et en France, elle reste Française. Mariée comme Allemande, son union est légitime en Allemagne; elle est nulle, entachée de bigamie et d'adultère en France. Les contradictions et l'impuissance du droit international sont patentes.

Le tribunal de la Seine a crié au scandale, en voyant une femme française contracter mariage au mépris de son statut personnel qui le lui défend. Votre statut, répond M. Bluntschli, est une violation de la liberté. Le mariage est un droit tout ensemble et un devoir, puisqu'il est le complément de notre destinée. Or, il n'y a plus de lien des âmes lorsqu'il est déchiré par l'immoralité, par l'oppression et la tyrannie : la loi qui empêche la femme victime de rompre ce lien odieux est elle-même immorale, si elle ne lui laisse aucun moyen d'user du droit qu'elle tient de Dieu, et de remplir sa mission, qu'elle tient également de Dieu! Que la femme française reste esclave, soit; mais permettez-lui au moins de briser ses fers, en changeant de nationalité. Bluntschli a certainement pour lui le sens moral, mais il oublie qu'il s'adresse à l'interprète, qui, lui aussi, est esclave de la loi; le législateur seul a le pouvoir de délivrer la femme mariée des chaînes qu'il lui a imposées.

5. En faut-il conclure que le droit international privé est une chimère ou une utopie? Non, certes, et je n'aurais pas commencé ces *Etudes*, si je croyais que notre science doit être placée à côté de la paix perpétuelle de l'abbé de Saint-Pierre. Si j'insiste, dès le début, sur des contradictions qui paraissent aboutir à l'impuissance, c'est qu'à mon avis, les auteurs qui ont écrit sur le droit interna-

(1) Bluntschli, *De la naturalisation en Allemagne d'une femme séparée de corps en France*. Paris, 1876, p. 7-9.

tional privé sont entrés dans une fausse voie. Les uns ont cru que la théorie suffisait, et qu'à sa voix l'unité du droit allait régner entre les nations. L'affaire Bauffremont donne un cruel démenti à ces illusions un peu naïves. Nous venons d'entendre des hommes de science, et ils ne sont d'accord sur rien : comment l'unité pourrait-elle procéder de ceux qui sont eux-mêmes divisés? D'autres, convaincus de l'inanité de la théorie, ont cru que le droit devait rester sur le terrain des faits; en présence de la diversité extrême des législations nationales, ils ont fait appel à la courtoisie que les peuples doivent observer dans leurs relations : intéressés chacun à ce qu'on tienne compte de leurs lois à l'étranger, il convient qu'eux-mêmes respectent les lois étrangères. C'est, en définitive, la doctrine de l'intérêt bien entendu; doctrine fausse en morale, et tout aussi fausse en droit; l'intérêt n'est pas un principe, c'est un fait, et un fait variable selon les circonstances et les passions. Le droit doit dominer les faits; il y a contradiction dans les termes, à prétendre que les intérêts, toujours hostiles, feront cesser les conflits éternels qui en résultent. Les faits sont, au contraire, le grand obstacle que notre science rencontre sur son chemin; comment parviendra-t-elle à établir l'unité au milieu de cette infinie diversité?

Le droit international privé, considéré comme droit positif, repose sur les conventions expresses ou tacites qui interviennent entre les nations souveraines. Les traités seuls peuvent mettre fin au conflit des intérêts contraires et des lois diverses. Dès que les auteurs se sont occupés de la contrariété des lois invoquées dans un seul et même fait juridique, ils ont vu qu'il y a des conflits insolubles; de là les résultats affligeants que l'on déplore dans l'affaire Bauffremont. Il n'y a qu'un moyen de concilier des nations qui ne reconnaissent pas d'autorité supérieure, c'est qu'elles s'entendent par voie de concours de consentement. Mancini a attaché son nom à cette idée; il ne s'est pas borné, comme nos anciens jurisconsultes, à dire qu'il faudrait des traités, il a mis la main à l'œuvre; s'il n'a pas réussi dans sa mission diplomatique, il ne faut pas

s'en prendre au jurisconsulte éminent qui visita les diverses cours de l'Europe pour les engager à conclure des conventions sur les principes fondamentaux du droit international privé. Les temps ne sont pas mûrs. Tant que les champs de bataille s'abreuvent du sang des peuples, il est difficile qu'ils se livrent aux pacifiques négociations qui doivent établir le règne du droit au sein de l'humanité. Mais le temps viendra où les nations seront définitivement constituées, et où elles pourront s'occuper, dans les loisirs d'une longue paix, de conventions qui consolideront la paix, en facilitant et en favorisant les relations de tous les hommes, à quelque nationalité qu'ils appartiennent. Ceci n'est pas un nouveau rêve de paix perpétuelle; j'ai dit ailleurs que le vrai idéal n'est pas la paix, mais le droit (1); et il n'y a certainement rien d'utopique à espérer que les peuples s'entendront sur le règlement d'intérêts purement privés, qui ne touchent en rien à ces immenses conflits pour lesquels, je le crains, le recours aux armes sera toujours une douloureuse nécessité.

Si la tentative de Mancini a été prématurée, ce n'est pas à dire qu'elle ait été inutile : la voie qu'il a ouverte peut seule conduire à la solution des difficultés, qui vont tous les jours en augmentant, à mesure que les relations internationales deviennent plus fréquentes. La science a un grand rôle à remplir dans ce mouvement; elle doit préparer les esprits au travail d'unité que la diplomatie est appelée à accomplir. Tout en restant sur le terrain des faits, elle cherchera à ramener les faits aux principes, et quand elle n'y parviendra pas, elle signalera les conflits regrettables auxquels donne lieu le défaut d'unité. A ce point de vue, le mal servira à produire le bien. L'affaire Bauffremont est affligeante, mais l'enseignement qui en résulte ne sera pas perdu pour la science. Plus il y aura de scandales, plus la conscience générale se révoltera contre un état social qui les légitime : la conviction qu'il faut des traités pour mettre fin au scandale hâtera le moment où les nations songeront sérieusement à établir le

(1) Voyez mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. XI (*La Politique royale*), p. 489 (l'idée de paix perpétuelle).

règne du droit sur la terre, dans le domaine des intérêts privés. Et quand le droit régnera entre les individus, dans l'univers entier, il sera peut-être permis d'espérer, comme dernier terme du progrès, que le recours à la force fera aussi place au règlement juridique des conflits internationaux.

§ II. — *Les bases du droit international privé.*

N° 1. — Le droit de l'étranger.

6. Pour qu'il y ait un droit international privé, il faut que l'homme jouisse partout des mêmes droits, quelle que soit sa nationalité. On lit dans un traité de droit international privé, que l'égalité de l'étranger et de l'indigène, en ce qui concerne la jouissance des droits civils, est un axiome (1). En théorie, cela ne fait pas de doute. Qu'est-ce que les droits civils? Des facultés qui sont nécessaires à l'homme pour son existence physique, intellectuelle et morale. L'homme tient ces droits de Dieu qui lui a donné la vie, puisqu'il ne saurait vivre sans en jouir. Peut-il les exercer partout, ou sont-ils limités à l'État où il a vu le jour? La question est une de celles qu'il suffit de poser pour les résoudre. L'homme n'est pas attaché au sol où il est né, et les divers pays ne sont pas séparés les uns des autres par un mur comme la Chine; le Céleste-Empire lui-même, malgré la barrière dont il s'est entouré, a été obligé d'ouvrir ses ports à l'étranger. L'homme est un citoyen de la terre; il s'établit là où les circonstances et ses facultés l'appellent; même sans quitter le sol natal, il peut entrer en relation avec le monde entier. Pourquoi ses droits s'arrêteraient-ils aux frontières de sa patrie? Serait-ce parce que l'humanité est partagée en nations diverses, ayant chacune son organisation différente et ses lois particulières? Il est vrai que la division du genre humain en nations a pour effet que chaque homme a une patrie distincte, au sein de laquelle il exerce les droits

(1) Bar, *Das internationale Privatrecht*, 1862, p. 64 et suiv.

politiques qui appartiennent au citoyen; il ne peut pas jouir de ces droits hors de sa patrie, là où il est étranger, car cela supposerait qu'il a plus d'une patrie, ce qui est une impossibilité juridique : la qualité de citoyen donne des droits et impose des devoirs exclusifs.

Mais la séparation politique des Etats n'a rien de commun avec la jouissance des droits privés : s'il est impossible que je sois électeur et éligible dans tous les Etats, rien n'empêche que je devienne propriétaire partout où il me plaît d'acquérir des biens. L'exclusion, nécessaire pour les droits politiques, ne se concevrait point pour les droits privés. Je peux et je dois jouir partout des droits civils, puisque ces droits sont un accessoire de la vie, et que je peux vivre et exercer mon activité physique, intellectuelle et morale dans le monde entier. La diversité des Etats et de leurs constitutions n'y fait pas obstacle, car à l'étranger je ne réclame pas les droits privés comme citoyen, je les revendique comme homme, et je suis homme partout. Si Dieu a créé des nationalités diverses, c'est qu'il y a diverses faces dans le développement de l'activité humaine, et que chaque nation, douée de facultés spéciales, est appelée à concourir, suivant son génie et sa mission, à accomplir la destinée commune que le Créateur a assignée à l'humanité. Chaque Etat est un milieu organisé pour aider l'homme dans l'œuvre de son perfectionnement. Or, la première condition nécessaire pour que l'homme puisse se perfectionner, est qu'il jouisse des facultés légales sans lesquelles il ne saurait vivre. Les droits de l'homme sont donc indépendants de la diversité des Etats; ils lui appartiennent en sa qualité d'homme, c'est dire qu'ils lui appartiennent partout (1).

7. L'égalité de l'étranger et du citoyen est la base du droit international privé; si l'étranger ne jouit pas des droits civils, il ne saurait être question de déterminer la loi par laquelle ses droits sont régis; partant le droit international n'a point de raison d'être, il devient impossible.

(1) Mancini, *Diritto internazionale*, p. 183. Esperson, *Il principio di nazionalità applicato alle relazioni civili internazionali*, 1868, p. 7-9.

Voilà pourquoi la science du droit international date de nos jours, et c'est à peine si l'on peut dire qu'elle existe. En effet, l'égalité de l'étranger et du citoyen, en ce qui regarde la jouissance des droits privés, quoiqu'elle soit un axiome en théorie, est loin d'être universellement reconnue par la législation des divers Etats. Chose singulière, la nation, qui la première a proclamé les droits de l'homme dans l'immortelle déclaration de 1789, a écrit dans son code une disposition qui est le contre-pied de l'axiome que je viens d'établir. Le code civil distingue les droits naturels et les droits civils : il reconnaît implicitement aux étrangers la jouissance des droits naturels, mais quant aux droits civils, il pose comme principe que l'étranger jouira en France de ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra (art. 11). C'est dire que, tant qu'il n'y a point de traités, l'étranger ne jouit pas des droits civils en France. Des esprits généreux se sont révoltés contre une loi qui semble revenir à la barbarie des XII Tables, en traitant l'étranger comme un ennemi, auquel elle ne reconnaît aucun droit civil, sinon en vertu d'un traité. Mais pour soutenir que le code Napoléon donne à l'étranger la jouissance des droits civils, il a fallu faire violence au texte, en faisant dire à l'article 11 le contraire de ce qu'il dit : aussi la jurisprudence, enchaînée par le texte, a-t-elle toujours repoussé l'interprétation de MM. Valette et Demangeat (1). Quant à l'esprit de la loi, il ne laisse malheureusement aucun doute : c'est l'esprit traditionnel, hostile à l'étranger. Je citerai les témoignages dans le cours de ces *Etudes*.

8. S'il en est ainsi en France, la nation généreuse par excellence, la nation qui a fait la révolution de 1789 au nom des droits de l'homme, que sera-ce si nous consultons la législation des pays qui ont maintenu dans l'ordre civil la féodalité que l'Assemblée constituante, dans l'immortelle nuit du 4 août, a détruite jusque dans ses racines? L'Angleterre est encore féodale, et le *common law*, im-

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. I, n°s 510-529.

prégné de féodalité, a passé avec les émigrants anglais aux Etats-Unis, de sorte que la démocratie américaine est soumise à des lois qui remontent à la conquête normande. L'Angleterre n'a point de code, elle est régie par des coutumes qui datent du moyen âge et qui ont conservé le caractère de l'époque où elles ont pris naissance. De là des anomalies incroyables. En plein XIXe siècle, on a soutenu que le combat judiciaire pouvait être ordonné par le juge; en effet, il existait du temps de Guillaume le Conquérant! Ceci n'est que ridicule; il y a d'autres traditions qui sont odieuses. Madame de Staël dit que la liberté est ancienne et que l'esclavage est moderne; non, c'est l'esclavage qui est vieux comme le monde, et c'est la liberté qui date d'hier. Lord Stowell, un des juges anglais les plus libéraux et les plus humains, enchaîné par la tradition, a déclaré que le trafic des esclaves n'était pas prohibé par le droit international (1)!

Jusqu'à nos jours, les étrangers ne pouvaient posséder, à aucun titre, un droit immobilier quelconque en Angleterre. Ce n'est que depuis l'acte du 12 mai 1870 que l'étranger est assimilé au citoyen britannique pour tout ce qui concerne la possession, jouissance, acquisition ou transmission, par tous les modes légaux, de la propriété mobilière ou immobilière (2).

Le droit des Etats-Unis est aussi étroit, aussi barbare (le mot est d'un diplomate américain) que celui de l'Angleterre : ils sont régis par la *common law*, et il leur est plus difficile de s'en affranchir, car chaque Etat jouit du pouvoir législatif en ce qui concerne les relations d'intérêt privé. De là d'étranges anomalies, comme on en trouve partout où règne le droit coutumier. Il suffit de constater que, dans la république la plus libre du monde, l'égalité civile de l'étranger et de l'indigène n'est pas encore généralement reconnue (3).

(1) Wharton, *Treatise on the conflict of laws*, ch. I, § 9, p. 24.

(2) Voyez l'*Introduction du Journal de droit international privé* par Demangeat, t. I, p. 9. Wharton, *Conflict of laws*, ch. III, § 123, *e*, p. 115 (116).

(3) Wharton, *Conflict of laws*, § 123, g., p. 116.

N° 2. Des rapports internationaux privés. Conflit des lois.

9. On a dit que le droit des gens vient à peine de naître (1). On en peut dire autant du droit international privé. Tant que l'égalité civile de l'étranger et de l'indigène n'est point reconnue comme principe, tant qu'il y a des droits dont les étrangers sont exclus, il ne saurait être question d'un conflit de lois. Dans le système du code Napoléon, il y a des droits dits civils, qui n'appartiennent pas à l'étranger. Si, comme on l'a soutenu, l'hypothèque légale est un droit civil, il en résultera que les femmes et les mineurs étrangers ne jouiront pas de cette garantie en France; peu importe, dans ce système, que la loi du mineur étranger diffère de la loi française, il n'y a point de conflit possible entre ces lois, puisque le mineur ne pourra réclamer aucune garantie réelle en France, ni d'après sa loi, ni d'après la loi française. Le système est d'une simplicité que l'on pourrait admirer, si ce n'était le système de la barbarie; car généralisez-le, il n'y aura plus de droit international privé; l'étranger sera sans droit, c'est la législation des XII Tables, et telle est encore partiellement la législation de tous les pays qui excluent l'étranger de certaines facultés légales dont jouissent les nationaux : dans les limites de l'incapacité, il n'y a point de conflit, puisque l'étranger est relativement sans droit.

Le conflit naît de la diversité des lois qui peuvent recevoir leur application à un fait juridique. Dans l'ancienne France, ainsi que dans les autres Etats, le droit variait d'une province, d'une ville, d'un village à l'autre. Il y avait ceci de particulier dans cette situation, que les personnes qui figuraient au procès étaient toutes indigènes; la difficulté était de savoir quelle coutume il fallait appliquer. Ceux qui se mariaient sous l'empire de la coutume de Paris étaient communs en biens; leur communauté comprenait-elle les biens qu'ils acquéraient sous l'empire d'une coutume qui n'admettait pas ce régime? tels étaient

(1) Bluntschli. *Das modern Völkerrecht*, 3e édit., 1878, p. 1-12.

tous les pays de droit écrit, et telle était aussi la Normandie. Cette source de conflits a cessé en France, en Italie, en Belgique, dans les Pays-Bas, partout où il n'y a qu'une loi, d'ordinaire un code, pour toutes les parties du territoire. Il en sera bientôt ainsi partout; car le droit tend à l'unité, dans le sein de chaque Etat; la Grande-Bretagne elle-même entre dans ce mouvement; quand il sera accompli, il n'y aura plus de conflit entre les diverses parties d'un même Etat; mais le conflit subsistera entre les lois des divers pays. Des Belges se marient en Hollande; leur régime sera-t-il celui de la communauté, qui est le régime de droit commun, d'après le code civil des Pays-Bas? où sera-ce la communauté légale telle que le code Napoléon la limite, c'est-à-dire la société de biens ne comprendra-t-elle que la fortune mobilière et les acquêts immeubles? Pour décider la difficulté, aura-t-on égard à la nationalité des époux, ou tiendra-t-on compte du domicile? La question se complique quand les deux époux ont des nationalités différentes, ou un domicile différent. Faudra-t-il suivre la nationalité ou le domicile du mari? ou faut-il s'enquérir du domicile que les futurs époux se proposent de prendre après leur union?

10. Tel est le terrain sur lequel s'élèvent les conflits entre les législations diverses des divers Etats. Les conflits vont tous les jours en s'étendant, à mesure que les relations des hommes s'étendent, et la facilité des communications multiplie ces rapports à l'infini. Un Anglais contracte plus facilement aujourd'hui, par la voie du télégraphe, avec un Américain, qu'il ne contractait jadis avec ses proches voisins, les Ecossais. Les chemins de fer ont aboli les barrières nationales : le commerce et l'industrie sont cosmopolites.

Le droit n'a pas obéi à la même tendance; chaque Etat a ses lois, et les lois sont faites dans un esprit de perpétuité. De là d'inévitables conflits. Une convention se contracte par voie télégraphique entre un Belge et un Américain : par quelle loi se régira-t-elle, par le code Napoléon, ou par la *common law* des Etats-Unis? Et si le Belge habite l'Allemagne, tiendra-t-on compte du domi-

cile plutôt que de la nationalité? La difficulté se présente dans tous les faits juridiques où figurent deux personnes de nationalité différente. Dans l'ancienne France, et partout où le droit varie au sein d'un même Etat, on suivait la loi du domicile, par la raison très simple que la nationalité des parties était généralement la même. Doit-on maintenir le principe du domicile quand le conflit a lieu entre deux lois nationales? Ou est-ce à la nationalité qu'il faut avoir égard? Cette dernière opinion est la bonne, à mon avis, mais ce n'est pas celle qui est généralement suivie. Les légistes sont des traditionnalistes par excellence; ils restent attachés à la tradition, alors même qu'elle n'a plus de raison d'être.

Un autre conflit naît de la nature des biens qui font l'objet du fait litigieux. C'est encore une règle traditionnelle que les immeubles sont régis par la loi du pays où ils sont situés, tandis que les meubles suivent la personne et la loi personnelle. Faut-il maintenir cette distinction? Il en résultera qu'une seule et même personne aura autant d'héritiers différents qu'elle a de biens immeubles situés dans des pays différents. Peut-on scinder ainsi le patrimoine du défunt? N'est-ce pas diviser la personne même, c'est-à-dire ce qu'il y a de plus indivisible?

La capacité de la personne joue un grand rôle dans le conflit des lois. Je suis majeur, d'après le code Napoléon, à vingt et un ans, je contracte dans un pays où la majorité est fixée à vingt-trois, à vingt-quatre ou à vingt-cinq ans. Serai-je considéré comme majeur ou comme mineur? Le Prussien qui, d'après sa loi nationale, n'est majeur qu'à vingt-quatre ans, sera-t-il mineur en France où l'on est majeur à vingt et un ans? La personnalité n'est-elle pas indivisible de son essence? Puis-je être tout ensemble majeur et mineur, capable et incapable? Si l'on ne considère que l'incapable, on doit répondre qu'il est incapable partout; mais ne doit-on pas tenir compte aussi de l'intérêt des tiers qui traitent avec lui? Si un Prussien est mineur en France à l'âge de vingt-trois ans, alors que d'après le droit français on doit le croire majeur, les tiers ne seront-ils pas trompés, en traitant avec lui comme s'il était ma-

jeur? N'en faut-il pas conclure que l'on doit suivre la loi du pays où le fait juridique se consomme? Autant de questions, autant de conflits.

Le conflit s'aggrave quand les lois diffèrent non seulement quant à la capacité des personnes, mais quant aux biens qui font l'objet du fait juridique, quant aux conditions requises pour la validité du fait, conditions intrinsèques et formes instrumentaires. Trois, quatre lois peuvent se trouver en conflit : la loi nationale, la loi de la situation des immeubles, la loi ou les lois du domicile des parties, la loi du lieu où l'acte authentique ou sous seing privé est passé (1). Enfin un dernier élément peut changer toutes les règles : s'agit-il de lois qui ne font que prévoir l'intention des parties contractantes, on doit laisser de côté les distinctions de nationalité, de domicile, de situation des biens, pour s'en tenir exclusivement à la volonté? Mais quelle est cette volonté? S'agit-il, au contraire, de lois qui intéressent les droits de la société, elles dominent tous les statuts, mais quels sont ces droits?

Sur toutes ces questions, le dissentiment est profond entre les auteurs et, ce qui est plus grave, entre les nations dont les auteurs sont les organes.

Nº 3. Y a-t-il des principes d'après lesquels le conflit peut être vidé?

11. Le code civil a consacré la doctrine traditionnelle des *statuts*. On appelait statuts les lois municipales ou locales qui, en Italie, variaient d'une cité à l'autre; on comprenait encore, sous le nom de statuts, les coutumes qui dans toute l'Europe différaient à l'infini. Beaumanoir dit dans le prologue des anciens usages de Beauvoisis : « Les coutumes sont si diverses, que l'on ne pourrait pas trouver au royaume de France deux châtellenies qui de tout usassent d'une même coutume. » Quelle loi appliquait-on dans le conflit de tant de statuts locaux? On distinguait les statuts personnels et les statuts réels; ces derniers n'avaient d'effet que dans les limites du territoire

(1) Savigny, *Traité de droit romain*, traduit par Guénoux, t. VIII, p. 21.

où les biens étaient situés, tandis que les autres régissaient la personne partout où elle se trouvait. Restait à définir les diverses espèces de statuts. Voici l'explication qu'en donnait d'Aguesseau, l'illustre chancelier : « Le véritable principe, en cette matière, est qu'il faut distinguer si le statut a directement les biens pour objet, ou leur application à certaines personnes, ou leur conservation dans les familles ; en sorte que ce ne soit pas l'intérêt de la personne dont on examine les droits ou les dispositions, mais l'intérêt d'un autre dont il s'agit d'assurer la propriété ou les droits réels, qui ait donné lieu de faire la loi ; ou si, au contraire, toute l'attention de la loi s'est portée vers la personne, pour décider, en général, de son habileté ou de sa capacité générale et absolue, comme lorsqu'il s'agit de mineurs ou de majeurs, de père ou de fils légitime ou illégitime, d'habile ou inhabile à contracter pour des causes personnelles. Dans le premier cas, le statut est réel, dans le second, il est personnel (1). »

L'article 3 du code civil reproduit cette distinction. « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger. » On appelle ces lois personnelles parce qu'elles sont attachées à la personne ; le Français ne peut s'y soustraire en quittant sa patrie : s'il est mineur d'après le code, il restera mineur à l'étranger et partant incapable. L'article 3 ajoute que les immeubles, même possédés par des étrangers, sont régis par la loi française : ce sont les lois réelles. Le code civil ne prononce pas le nom de statuts, parce qu'il a aboli toutes les lois locales pour les remplacer par une loi unique, applicable à toutes les parties de la France. Dès lors le conflit ne peut plus exister entre statuts, mais il existe toujours entre les lois qui régissent les divers pays. On suppose qu'un Français contracte mariage en pays étranger ; les lois qui régissent le mariage sont des lois personnelles, donc le Français y reste soumis n'importe où il se marie. Il se marie en Angleterre à l'âge de vingt et un ans ; les lois anglaises permettent le ma-

(1) D'Aguesseau, 54e plaidoyer (Œuvres, t. IV, in-4°, p. 639, 640 et 660).

riage à cet âge sans le consentement des père et mère, tandis que le code Napoléon ne le permet qu'à l'âge de vingt-cinq ans. Le mariage qu'il contracterait en Angleterre serait nul en France. Si un Français venait à mourir laissant des biens en France et en Angleterre, sa succession serait régie par la loi française pour les immeubles situés en France, et par la loi anglaise pour les immeubles qu'il posséderait en Angleterre. De même le code régit la succession d'un étranger en ce qui concerne les biens immobiliers qu'il laisse en France.

Tel est, dans la doctrine des statuts, le principe d'après lequel on décide quelle est la loi qu'il faut appliquer quand il y a conflit entre deux législations. Le principe paraît simple et clair. Cependant, dans l'ancien droit, les jurisconsultes ne s'accordaient que sur un point, la difficulté, pour mieux dire, l'impossibilité à laquelle ils se heurtaient quand il s'agissait de l'appliquer. Le jurisconsulte hollandais Voet, un excellent esprit, dit que les controverses sur la personnalité et la réalité sont presque insolubles (1). Le président Bouhier (2), un de nos meilleurs jurisconsultes, déclare qu'il n'y a pas de questions plus intriguées et plus épineuses. Froland, qui a écrit deux volumes in-4° sur la matière, avoue son embarras. « On s'imagine, dit-il, être fort habile et avoir découvert le mystère quand on sait que le statut réel est celui qui regarde le fond, que le statut personnel est celui qui regarde la personne, et cependant avec toutes ces définitions on est encore à l'alphabet et l'on sait très peu de chose, parce que tout le point de la difficulté consiste à découvrir et à distinguer nettement quand le statut regarde uniquement le fond ou la personne. J'ai vu bien des fois nos plus excellents génies fort embarrassés à faire ce discernement. Je m'y suis trompé fort souvent malgré toutes mes attentions (3). »

Le code civil n'a pas mis fin à l'incertitude ; il l'a aug-

(1) Voet ad Pandect., lib. I, tit. IV, part. II, n° 1.

(2) Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, ch. XXIII, n° 1. (Œuvres, t. I, p. 654.)

(3) Froland, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, t. I, p. 13 et suiv.

mentée, au contraire, par son laconisme. Quelle est la loi qui régit l'état de l'étranger et sa capacité? est-ce la loi française ou la loi étrangère? Le code ne le dit pas. Quelle est la loi qui régit les biens meubles que l'étranger possède en France? Le code ne donne pas de réponse directe à cette question. De là la diversité des opinions dans la doctrine et dans la jurisprudence. Merlin reproduit littéralement l'ancienne doctrine, telle qu'elle fut formulée au XVIII[e] siècle par Bouhier, Froland et Boullenois (1). Mailher de Chassat, dans son *Traité des statuts*, lui en fait de vifs reproches : « Il me semble, dit-il, voir d'habiles maîtres dans l'art de l'escrime commencer par se bander les yeux, se livrer ensuite les plus rudes assauts, et, aidés d'une certaine industrie résultant de l'habitude et de l'instinct, se rencontrer quelquefois (2). » Il est certain que Merlin s'est trompé, car sur plusieurs questions il a changé d'avis, considérant un seul et même statut, tantôt comme personnel, tantôt comme réel. Quand les maîtres se trompent, il faut en chercher la raison dans l'incertitude du droit. Ne faut-il pas conclure de cette incertitude extrême et de ces défaillances de nos meilleurs jurisconsultes que la distinction même sur laquelle repose la doctrine des statuts est fausse, ou que du moins elle doit recevoir une autre interprétation que celle qu'on lui a donnée pendant des siècles?

Les anciens auteurs disent que les lois qui régissent l'état et la capacité sont tellement inhérentes à la personne, que l'on ne saurait les en détacher : les uns comparaient les statuts personnels à l'ombre qui suit le corps (3), les autres les assimilaient à la moelle de nos os. N'en doit-on pas dire autant de toutes les lois? Tout aboutit aux personnes, disait Portalis au Corps législatif. Cela est d'évidence : y aurait-il des lois s'il n'y avait pas de personnes? Ce n'est pas assez dire. Qu'est-ce que les lois? Elles for-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testaments*, sect. I, § 5, art. 1[er], et au mot *Majorité*, § V.

(2) Mailher de Chassat, *Traité des statuts*, p. 33.

(3) Boullenois, *Traité de la réalité et de la personnalité des statuts*, t. I, p. 173.

mulent le droit, et le droit est l'expression de la nature de l'homme : qu'est-ce qu'il y a de plus intime, c'est-à-dire de plus personnel ? Il est vrai que les lois ont aussi pour objet les biens, mais c'est dans leur rapport avec les personnes. En effet, à quoi tendent les conventions qui créent des obligations et des droits ? N'aboutissent-elles pas directement ou indirectement à procurer à l'homme les choses qui lui sont nécessaires pour sa vie physique, intellectuelle et morale ? Ainsi les lois, même relatives aux biens, sont personnelles. Il faut donc poser en principe que toute loi est personnelle ; c'est-à-dire que toutes les relations juridiques de l'homme, en tant qu'elles concernent le droit privé, sont déterminées par la loi qui régit sa personne, et cette loi est celle de la nation à laquelle il appartient. Le principe ainsi formulé nous indique la limite qu'il doit recevoir.

L'article 3 du code civil dispose que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. La raison en est que chaque Etat a le droit et le devoir de veiller à sa conservation. Le code dit aussi que les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Pour justifier cette disposition, Portalis invoque l'indivisibilité de la puissance souveraine. La raison est mauvaise, car la puissance souveraine s'adresse aux hommes et non aux biens ; toujours est-il que, dans l'esprit du législateur, les lois relatives aux immeubles sont réelles parce que le plus grand des intérêts sociaux y est engagé, la souveraineté. Ainsi il y a des lois d'intérêt privé qui sont en même temps d'intérêt social, et dès que la conservation de la société est intéressée à ce qu'une loi soit observée, il est certain que tous ceux auxquels cette loi peut recevoir son application y doivent être soumis, les étrangers aussi bien que les indigènes. En ce sens, il y a des lois *réelles*. Il ne faut donc pas dire que la *réalité* de certaines lois est une exception à la règle de la personnalité ; il faut dire qu'il y a des lois personnelles de leur nature, ce sont toutes celles qui règlent les intérêts privés des personnes ; et il y a des lois réelles de leur nature, ce sont toutes celles qui intéressent la conservation

de la société, bien qu'elles touchent aussi à des intérêts privés. Reste à préciser quelles sont les lois qui, en ce sens, sont d'ordre public. La difficulté est grande; elle fait l'objet de ces *Etudes*.

12. L'Italie a consacré cette doctrine dans son nouveau code civil, sous le nom de principe de *nationalité*. Les nations ont leur individualité qu'elles tiennent de Dieu, et le droit est l'expression de l'individualité nationale. Si chaque nation a droit à ce que son indépendance soit respectée par les autres nations, elle a droit aussi à ce que ses nationaux soient régis partout par la loi nationale en ce qui concerne leurs intérêts privés. En effet, la nationalité et la personnalité se confondent. Le comte de Maistre disait que l'homme est une abstraction, qu'il n'a de réalité vivante que comme membre d'une nation : « Je n'ai jamais vu d'hommes, dit-il, mais j'ai vu des Français, des Anglais, des Russes. » Ce qui caractérise l'homme, ce qui le distingue comme individu, ce sont les traits physiques, intellectuels, moraux, qui constituent sa nationalité. Or, le droit est une des faces de la vie; de même que l'homme est inséparable de sa nationalité, il est inséparable de son droit national. Le Français est Français partout, le droit français doit aussi l'accompagner partout. En ce sens, il est vrai de dire que la souveraineté est indivisible; elle s'étend, non sur les biens, mais sur les personnes partout où elles jugent à propos de résider, partout où elles ont des intérêts. Pour nous servir du langage traditionnel des statuts, toute loi est personnelle et reste attachée à la personne, non seulement la loi qui régit l'état et la capacité, mais aussi la loi qui constitue la famille et les droits et obligations qui en découlent, ce qui comprend tous les droits privés. L'Italie reconnaît ces droits à l'étranger parce qu'elle respecte sa nationalité; les autres nations doivent aussi respecter la nationalité italienne en reconnaissant à l'Italien les droits qu'il tient de sa loi nationale. Cette reconnaissance réciproque du droit de chaque nation établira entre tous les peuples un lien de droit et réalisera, dans le domaine des intérêts privés, la fraternité et l'unité

humaines (1). Tel est le principe de nationalité considéré comme base du droit international privé. C'est une gloire pour l'Italie d'avoir été la première à l'inscrire dans ses lois. Je ne ferai qu'une réserve, qui tient au langage plus qu'au fond des idées. Il n'est pas vrai que l'homme soit une abstraction et qu'il ne prenne vie que dans le sein des nations. L'idée de nationalité ne date que d'hier, et elle est loin d'être acceptée dans le domaine politique. Est-ce à dire que jusqu'ici il n'y ait pas eu d'hommes ni de droit humain? Je préférerais me servir du mot de personnalité, en appliquant à l'homme, comme tel, ce que les Italiens disent du citoyen. Le droit privé est avant tout le droit de l'homme, c'est une face de sa vie; si l'on reconnaît sa personnalité, on doit aussi reconnaître le droit qui le régit. La nationalité ne fait que déterminer quel est ce droit; mais le droit peut aussi être déterminé pour chaque homme comme membre d'un État, bien que cet État ne repose pas sur le principe de nationalité.

Je ne fais ici qu'indiquer les principes sur lesquels on base le droit international privé, pour montrer combien ce droit est encore incertain dans ses fondements. Le code italien fait une réserve et une espèce d'exception pour les lois qui concernent l'ordre public et les bonnes mœurs, c'est-à-dire que l'étranger ne peut pas se prévaloir de son droit personnel ou national, quand il est en opposition avec une de ces lois (2). Cette formule manque aussi de précision; j'y reviendrai.

13. Quand on passe du code italien au *common law* anglo-américain, on croirait quitter le XIX[e] siècle pour revenir au moyen âge. Un écrivain anglais (3) avoue qu'il y a opposition complète entre le droit général du continent de l'Europe, et le droit qui régit l'Angleterre et les États-Unis. Quelle que soit la diversité qui règne dans les législations et les doctrines du continent, on y reconnaît, au moins en principe, qu'il y a des lois personnelles qui

(1) Esperson, *Il Principio di nazionalita*, p. 29, 53, 106. Je reviendrai sur les détails.
(2) Esperson, *Il Principio di nazionalita*, p. 54 et suiv.
(3) Phillimore, *Commentaries on intertional law*, t. IV, p. 250.

régissent l'état et la capacité, lois inhérentes à la personne et qui la suivent partout. L'Angleterre n'admet que des lois territoriales. Phillimore a raison de déplorer ce profond dissentiment : comment espérer que l'on parviendra à constituer le règne du droit dans les relations privées des peuples, quand une puissante nation s'isole dans sa souveraineté et refuse de reconnaître une autre loi que la sienne, sans tenir compte ni de la nationalité ni de la personnalité humaine (1)? On dirait que pour les Anglais, il n'y a qu'une loi au monde, la loi anglaise. Cependant cet esprit exclusif n'est pas aussi absolu qu'il le paraît à première vue. Quand le juge anglais doit apprécier des faits juridiques qui se sont passés à l'étranger, il est bien obligé de tenir compte des lois étrangères; seulement ici encore il se décide par le principe de territorialité, en considérant uniquement la loi du pays où l'acte a été accompli (2).

On conçoit que le droit anglais ne tienne aucun compte de la nationalité. La Grande-Bretagne est un empire qui embrasse toutes les parties du monde, il a pour sujets des peuples de race diverse, de langues et de mœurs diverses; cette immense domination constitue un Etat, il ne forme pas une nation. Mais, au premier abord, on ne comprend pas que les Anglais, personnels et originaux jusqu'à l'excès, répudient la personnalité pour ne s'attacher qu'au territoire. J'ai déjà indiqué la raison historique de ce fait; la loi anglaise est territoriale, parce qu'elle plonge ses racines dans la féodalité, et rien n'est plus difficile à modifier que le droit coutumier. En France, il a fallu une révolution qui a tout bouleversé, pour extirper les derniers débris de la féodalité; encore le code civil a-t-il maintenu la vieille doctrine des statuts, qui remonte également au moyen âge. Mais la puissance d'habitudes séculaires ne suffit pas pour expliquer la persistance du principe territorial. L'Angleterre est entrée dans la voie du progrès législatif, elle a brisé le lien

(1) Westlake, *Private international law*, p. 384, n° 402.
(2) Westlake, *Private international law*, p. 386, n° 404.

d'allégeance qui attachait les Anglais au sol, comme jadis les serfs étaient rivés à la glèbe; elle a permis aux étrangers d'acquérir des immeubles sur son territoire. Finira-t-elle par répudier le principe féodal dans le droit international privé? C'est la tendance de l'humanité, et l'Angleterre ne pourra s'y soustraire. Tous les peuples obéissent à la loi du progrès, mais il y en a qui sont traditionnalistes par leur nature et qui ne suivent le mouvement général que d'un pas lent. Il y a une autre considération qui est toute-puissante sur la race anglaise, c'est l'intérêt. On la dit égoïste, et son histoire atteste que le reproche est fondé. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que l'intérêt joue un grand rôle dans les affaires humaines : qu'est-ce que le droit, sinon le règlement des intérêts privés? L'intérêt a donc sa légitimité, et le législateur en doit tenir compte; mais il ne doit pas sacrifier la justice à l'intérêt. Les légistes anglais disent que jamais un juge anglais n'appliquera une loi étrangère au préjudice des indigènes; en France, aussi, on invoque l'intérêt français (1). Sans doute dans les lois et les traités, il faut chercher à concilier les intérêts divers : c'est le côté légitime de la jurisprudence anglaise. Mais il ne faut pas aller jusqu'à faire de l'intérêt la base du droit; c'est l'idée du juste qui en est le fondement, et le juste domine l'utile.

11. Ainsi les diverses législations consacrent des principes contraires sur les bases mêmes du droit international privé. Cette même contrariété d'opinions règne dans la doctrine. En 1849, Savigny disait, dans la préface du tome VIII de son Système de droit romain, où il traite du droit international privé : « En cette matière, les opinions des auteurs et les jugements des tribunaux nous offrent les dissidences les plus marquées et les plus nombreuses : Allemands, Français, Anglais et Américains se combattent mutuellement. Tous néanmoins montrent une tendance au rapprochement et à la conciliation, dont la

(1) Je citerai les témoignages plus loin en exposant la doctrine de l'intérêt.

science du droit ne nous fournit pas d'autre exemple. On dirait que c'est là un bien commun à toutes les nations civilisées; car, si elles ne possèdent pas des principes généraux solidement établis, elles travaillent à les conquérir par la réunion de leurs efforts. » M. Demangeat cite ces paroles dans l'introduction du *Journal du droit international privé* (1874, p. 7); il ajoute que ce que Savigny disait, il y a vingt-cinq ans, n'est plus si absolument vrai aujourd'hui, que les dissidences ont disparu sur bien des points. « Il existe, dit-il, en dehors et au-dessus des codes promulgués pour chaque pays, un certain nombre de principes généraux dont la force obligatoire est généralement reconnue et dont l'application est également faite chez tous les peuples, de sorte que ce rêve d'une loi unique régissant tous les hommes et appliquée indistinctement par tous les tribunaux, commence à devenir une réalité. »

J'ai bien des réserves à faire sur la réalisation de ce beau rêve. Est-il vrai qu'il y ait des principes généraux dans la science du droit international privé, en dehors et au-dessus des codes? Cela n'est guère possible, quand les codes eux-mêmes établissent des principes sur la matière. Le code civil français consacre implicitement la doctrine traditionnelle des statuts : les auteurs français peuvent-ils remplacer le principe statutaire par le principe de nationalité? En théorie, oui, et comme critique de la loi; mais les tribunaux sont enchaînés par le texte, et il ne leur est pas permis de se mettre en dehors et au-dessus du code. La pratique sera donc nécessairement statutaire, avec la tradition, car il s'agit de principes obligatoires, et il n'y a que la loi qui ait la puissance d'obliger. Les Anglais, par contre, ne veulent pas entendre parler de statuts personnels; pour mieux dire, ils sont restés attachés au principe que l'on admettait en France, sous le régime féodal, que les coutumes sont réelles, ce qui aboutit à la négation d'un droit international, tel que Savigny le conçoit, un même droit pour tous les peuples, puisqu'il y aura autant de droits différents qu'il y a d'Etats. Il est presque inutile d'ajouter que les Italiens sont partisans décidés du prin-

cipe de nationalité, mais ils sont les seuls qui le reconnaissent, au moins parmi les grandes nations. Je constate avec bonheur que je suis arrivé aux mêmes résultats, sans avoir eu connaissance de leurs travaux. Esperson et Mancini en ont fait la remarque (1).

Les témoignages de cette contrariété d'opinions abondent; je les signalerai dans le cours de ces *Etudes*. Pour le moment je me bornerai à dire que la science est forcément entraînée par la législation de chaque pays. Le premier ouvrage de droit international privé qui ait paru en France, celui de Fœlix, est statutaire, et, chose remarquable, son principe est celui de l'ancien droit coutumier : les lois, comme jadis les coutumes, sont réelles, c'est-à-dire qu'elles ont une autorité pleine et absolue dans les limites de l'Etat qui les a rendues, et sur les choses et sur les personnes; ce n'est que par exception que certaines lois sont personnelles, en ce sens que l'homme y reste soumis en dehors de l'Etat auquel il appartient; mais toute exception étant de stricte interprétation, l'auteur restreint dans les bornes les plus étroites le principe de la personnalité (2). C'est reculer jusqu'au réalisme de d'Argentré, sans tenir compte des travaux de Dumoulin et du président Bouhier. Tout en suivant la doctrine des statuts, on peut l'interpréter de manière à étendre le cercle des lois personnelles; or le principe de la personnalité est le seul qui puisse aboutir à réaliser ce que Demangeat appelle le rêve d'une loi unique régissant tous les hommes. C'est la voie dans laquelle étaient entrés les grands jurisconsultes que je viens de citer. Aussi Bouhier renversait-il la règle à laquelle Fœlix est revenu : il disait que la personnalité est la règle et la réalité l'exception. M. Demangeat n'est pas toujours d'accord avec l'auteur qu'il commente; il critique notamment les restrictions que Fœlix apporte à la

(1) Esperson, *Movimento giuridico in Italia e nel Belgio sul Diritto internazionale privato*, p. 11-29, §§ 9-26 Mancini, *Rapport fait à l'institut de droit international* en 1874. (*Journal du droit international privé*, 1874, p. 303.)

(2) Fœlix, *Traité du droit international privé*, 4e édit. revue et augmentée par Ch. Demangeat, 1866, p. 19, nos 9 et 10, p. 63 et p. 64, n° 30.

personnalité des lois (1). Cette opposition ne tiendrait-elle pas à une différence de principe? Le commentateur se rattache à Dumoulin et à Bouhier, tandis que l'auteur est disciple de d'Argentré, et d'Argentré et Dumoulin étaient en désaccord sur tous les points, dans la matière des statuts.

Je dis que le principe de la réalité des lois conduit à la négation d'un droit général, tel que Savigny et Demangeat le conçoivent. Pour s'en convaincre, il suffit d'entendre les légistes anglo-américains. Les nations font ce qu'elles jugent conforme à leur intérêt; or elles sont intéressées à ce que leurs lois régissent tous ceux qui habitent leur territoire, étrangers ou indigènes, et à ce que tous les biens mobiliers ou immobiliers qui s'y trouvent soient soumis à la puissance souveraine, sans considérer si ces biens appartiennent à des étrangers. S'il arrive qu'en matière de capacité ou d'incapacité on prend en considération la loi de l'étranger, c'est quand l'application de la loi nationale produirait plus d'inconvénients que l'application de la loi étrangère : question d'utilité, tout est réduit à l'intérêt. Que l'on ne dise pas que c'est de l'égoïsme, s'écrie un jurisconsulte américain! Le principe de la réalité des lois assure, il est vrai, la grandeur des nations, mais rien de plus légitime. D'ailleurs, en écartant les lois étrangères, on écarte les abus et les institutions qui sont contraires à la liberté et à l'égalité (2). Quel orgueil et quel égoïsme chez cette race qui se défend du reproche qu'on lui fait d'être égoïste! Ne dirait-on pas que les Anglo-Américains ont le monopole de la liberté et de l'égalité? Story, un des légistes éminents de l'Union américaine, cite l'exemple suivant de la réalité du *common law*. Un enfant naturel naît en France de parents français; ceux-ci se marient en Angleterre; sera-t-il légitimé par le mariage de ses père et mère? Non, parce que la loi anglaise n'admet pas la légitimation, tandis que d'après

(1) Demangeat sur Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 64, note *a*, 1, de la 4e édition. Je reviendrai sur cette critique.

(2) Wharton, *Conflict of laws*, p. 712, § 1071.

le code Napoléon le mariage légitime de plein droit (1). Je demande quelle est la loi la plus morale et, dans le beau sens du mot, la plus libérale, celle qui engage les parents à réparer leur faute en se mariant pour donner la légitimité aux enfants, ou celle qui ne laisse aucune voie au repentir? celle qui établit l'égalité entre tous les enfants nés des mêmes père et mère, ou celle qui perpétue la honte et le déshonneur de l'enfant né avant le mariage? celle qui efface la tache de la bâtardise, ou celle qui l'éternise? Napoléon disait au Conseil d'Etat que la société n'est pas intéressée à ce qu'il y ait des bâtards. Est-ce que par hasard la bâtardise serait un intérêt social en Angleterre et aux Etats-Unis? Que les Anglo-Américains gardent leur *common law*, puisqu'ils y tiennent; personne ne leur enviera un droit incertain, indigeste et imprégné de féodalité. Ce n'est pas au moyen âge que les peuples modernes vont chercher leur idéal de liberté et d'égalité. Mais tout attachée qu'elle soit à ses coutumes, chaque nation doit respecter celles des autres peuples, à moins qu'elles ne soient en opposition avec son droit public.

C'est l'exemple que l'Italie a donné au monde. Quand on a entendu justifier l'égoïsme national, on est heureux d'entendre les jurisconsultes italiens proclamer le droit égal de toutes les nations. L'Italie ouvre son sein aux étrangers et elle leur dit : « Vous jouirez des mêmes droits privés que les Italiens, mais ces droits ne seront pas réglés par la loi italienne, que vous ignorez, qui n'est pas l'expression de vos sentiments et de vos idées, qui heurterait vos habitudes, lesquelles sont une seconde nature. Nos tribunaux respecteront votre personnalité en vous appliquant les lois qui en sont l'expression; ils vous jugeront d'après les lois de la nation à laquelle vous appartenez par votre sang, par votre langue, par vos mœurs. Anglais, vous garderez chez nous vos coutumes qui vous sont si chères : Allemands et Français, Espagnols et Russes, chacun de vous vivra ici d'après sa loi

(1) Story, *Commentaries on the conflict of laws*, 7e édit., ch. IV, § 106, p. 141 et note 1.

personnelle, en ce sens que son état, ses droits de famille, sa succession, seront régis par sa loi nationale (1). » Voilà le vrai libéralisme, parce que c'est le respect de ce qu'il y a de plus intime dans l'homme, sa personnalité. On dira que le principe de nationalité perpétue la diversité du droit, au lieu de le ramener à l'unité. Il faut s'entendre. L'école italienne n'est pas celle de l'égoïsme national, ses aspirations embrassent l'humanité entière; mais elle tient compte aussi du principe de diversité, d'individualité, qui est empreint dans toute la création. L'idéal n'est point que toutes les nations aient un même code de lois : cette unité absolue serait un faux idéal; la vraie unité consiste à respecter les diversités nationales, sauf à établir des règles reconnues par tous les peuples pour vider les conflits auxquels donnent lieu les législations particulières.

Savigny semble comprendre autrement l'unité. Il rejette le principe de nationalité, parce que le droit international privé ayant pour objet de régler les rapports *internationaux*, tend nécessairement à devenir un droit humain (2). Notons que voilà un nouveau dissentiment, et ce n'est pas le seul. Le principe de nationalité joue encore un autre rôle dans les débats sur le conflit des lois. La doctrine admet généralement qu'il y a des lois personnelles, mais elle est divisée sur le point de savoir quelle est la loi de la personne : Est-ce celle de son *domicile*, ou est-ce celle de la *nation* à laquelle elle appartient? Savigny se prononce pour le domicile. Je reviendrai sur la question, qui est capitale. Ici il suffit d'observer que le dissentiment de Savigny tient à la situation particulière où se trouvait l'Allemagne au moment où il écrivait. Il n'y avait pas de patrie allemande, pas de nationalité par conséquent. Savigny, homme de tradition, resta attaché au vieux régime; s'il écrivait aujourd'hui, après le magnifique élan de la nation allemande, il accorderait certainement plus d'importance au principe de nationalité.

Je ne parle pas, pour le moment, des autres juriscon-

(1) Je citerai les témoignages plus loin dans l'histoire du droit international privé.
(2) Savigny, *System des römischen Rechts*, t. VIII, préface, p. VI.

sultes allemands qui ont écrit sur le droit international privé; j'y dois revenir. Ce qui domine dans la science allemande, ce n'est pas précisément l'esprit d'unité. Chaque auteur tient à avoir son système : c'est, dans le domaine de la science, l'élément d'individualité qui caractérise la race germanique. Il faut espérer que l'unité de la patrie allemande, si glorieusement réalisée, imprimera aussi à la science une tendance plus prononcée vers l'unité. Dans le domaine du droit international privé, c'est une condition de vie.

N° 4. — Développement progressif du droit international privé.

15. Le droit est une face de la vie, et le progrès est la loi de tout ce qui vit. De là l'importance de l'histoire. Elle ne doit pas se borner à recueillir des faits et à les exposer dans un ordre chronologique, elle doit rechercher la raison des choses et le développement progressif des idées. L'histoire, ainsi conçue, éclaire le passé, elle explique le présent et elle révèle l'avenir. C'est dans l'histoire générale que se manifeste la destinée de l'humanité, le but vers lequel elle marche, et elle marque par cela même ce que les peuples doivent faire pour accomplir leur mission. Par l'histoire, l'humanité acquiert la conscience de sa vie et de la loi du progrès qui y préside, et quand elle a conscience d'elle-même, elle concourt librement aux desseins de Dieu. Ce qui est vrai de l'histoire du genre humain, l'est aussi de chaque face de la vie humaine, et notamment du droit qui règle les rapports extérieurs des hommes. J'essayerai d'étudier à ce point de vue l'histoire du droit international privé. Cette étude est d'une importance capitale; notre science n'a pas encore pris sa forme définitive, elle est toujours à la recherche d'un principe qui lui serve de base. A s'en tenir aux apparences, tout est contradiction et incertitude; les législations des divers peuples sont divisées ainsi que les opinions des jurisconsultes : on dirait l'anarchie, le chaos. Mais l'anarchie n'est qu'à la surface, et le chaos lui-même obéit à une loi latente qui le conduit vers l'ordre et l'harmonie. Les astro-

nomes disent que la matière des astres se prépare dans l'immensité des espaces et que ces millions d'atomes et de molécules finissent par se concentrer sous la loi de l'attraction. Le monde moral a aussi ses lois; il y a un gouvernement providentiel qui dirige les peuples et les individus. C'est l'histoire qui nous fait connaître la loi à laquelle notre vie est soumise dans toutes ses manifestations. En donnant à l'homme la connaissance de sa destinée, elle l'élève à Dieu; la liberté humaine et le gouvernement providentiel agissent de concert pour accomplir la mission de l'humanité. Telle est l'importance de l'histoire pour tous les éléments de l'existence humaine : c'est une révélation permanente et progressive de la vérité. J'ai montré les dissentiments, le désaccord, l'incertitude qui règnent dans le droit international privé; je vais indiquer la loi qui domine ce chaos et qui nous fait apercevoir la vérité vers laquelle la science avance à travers ses erreurs.

16. Les anciens, Grecs et Romains, n'ont pas connu le droit international privé, pas plus que le droit des gens. Pour qu'il y ait un droit qui régisse les rapports des nations et les relations des individus appartenant à des peuples divers, il faut que l'unité du genre humain et la fraternité des hommes soient reconnues. Or, l'antiquité ignorait l'unité humaine et le lien qui de tous les peuples fait une famille. C'est le principe de diversité, et par suite d'hostilité, qui y dominait. Les peuples étaient ennemis, les hommes étaient ennemis. Comment, au milieu du débordement de la force, le droit aurait-il pu se faire jour? L'ennemi est sans droit, on le tue, on le fait esclave, on le dépouille. Telle était la condition de l'étranger dans les républiques de la Grèce et de Rome, et les Grecs et les Romains se traitaient d'étrangers d'une cité à l'autre (1). L'étranger ne jouissait pas même des droits que nous appelons naturels, parce que la nature les donne à tout homme. Il ne pouvait être propriétaire, il ne pouvait

(1) Voyez les témoignages dans mes *Études sur l'histoire de l'humanité*, t. II, p. 107 et suiv.

même contracter un mariage légal : les Grecs et les Romains ne reconnaissaient aucun droit à l'homme, le citoyen seul avait des droits (1). L'étranger ne devenait un être capable de droit, que lorsqu'un traité mettait fin à l'hostilité naturelle des cités et établissait entre elles l'état de paix. De là l'usage universel de l'esclavage que les plus illustres penseurs de l'antiquité, Platon, Aristote, justifiaient sans se douter que ce fût un crime de lèse-humanité : l'idée d'homme et d'humanité n'existait point.

Cela nous explique pourquoi les Romains, qui sont nos maîtres dans la science du droit, ignoraient le droit international privé. Ils gravèrent sur les XII Tables cette loi qui exprime les sentiments de toute l'antiquité : *In hostem perpetua auctoritas.* L'étranger étant un ennemi et l'ennemi étant sans droit, il ne pouvait être question d'un conflit de lois. Cependant, Rome avait le génie de l'unité, à la différence des Grecs qui étaient nés divisés ; mais le peuple-roi ne concevait l'unité que sous la forme de domination : « *Tu regere imperio populos.* » C'était toujours la force, et la force exclut le droit. Rome finit par étendre son empire sur une grande partie de la terre connue des anciens : *orbis romanus.* Cette immense étendue de la domination romaine élargit, à certains égards, les idées du peuple-roi ; mais il ne s'éleva jamais à la notion des droits de l'homme (2). L'esclavage souilla toujours les lois de Rome que l'on a eu tort d'appeler la raison écrite. Cependant, l'homme s'éteint dans les fers ; il lui faut la liberté pour vivre. Comment se recrutaient les nations d'esclaves qui peuplaient les domaines des grands de Rome ? C'étaient les Barbares qui fournissaient les marchés de chair humaine. Qu'étaient-ce que les Barbares ? Le nom et la chose caractérisent l'antiquité. Les Grecs traitaient de Barbares tous ceux qui ne parlaient pas leur langue harmonieuse et qui étaient étrangers à leur brillante culture. Il n'y avait aucun lien, pas même d'humanité, entre Grecs et Barbares ; la philosophie, par l'organe

(1) Voyez mes *Études sur l'histoire de l'humanité*, t. I, p. 59.
(2) Voyez mes *Études sur l'histoire de l'humanité*, t. III, p. 264 et s

de ses plus nobles représentants, proclama que les Hellènes avaient, par la supériorité de leur intelligence, le droit de dominer sur les Barbares et que ceux-ci étaient nés pour servir (1). Toujours la force comme seul lien international! Les Romains héritèrent de ce mépris pour les Barbares. Ce nom ne figure pas dans leurs lois; ils sont sur la même ligne que les esclaves : c'est un bétail humain (2).

L'antiquité périt pour avoir pratiqué l'esclavage. Elle serait morte d'inanition si Dieu n'avait envoyé les Barbares. Rome, aux abois, les appela elle-même pour remplir ses légions vides et pour cultiver le sol qui manquait de laboureurs. La coexistence des Romains et des Barbares devait faire naître des relations d'où aurait pu procéder un droit international. Cependant il n'y en a aucune trace dans les compilations de Justinien. Cela étonne au premier abord; toutefois rien n'est plus naturel. Alors même que les empereurs appelèrent les Barbares dans l'Empire, ils défendirent tout mariage avec eux; on aurait dit des êtres d'une espèce diverse. Effectivement il y avait une différence de nature entre les Romains et les Barbares : les premiers étaient citoyens et seuls capables de droit : les autres, sans droit, n'étaient que des bras pour labourer les terres désertes et pour défendre l'empire contre le flot de nouveaux Barbares, que la Providence appelait pour remplacer une société décrépite et pour inaugurer une nouvelle ère de l'humanité.

Est-ce à dire que l'antiquité n'ait rien fait pour le développement de l'idée du droit? La question serait une injure pour nos maîtres, les jurisconsultes de Rome, et ceux-ci s'étaient inspirés des lois de la Grèce. L'homme naît imparfait, mais perfectible. Au berceau des sociétés humaines règne la guerre de tous contre tous. Comment cette barbarie sauvage fera-t-elle place au droit? Il est impossible qu'une pareille révolution s'accomplisse subitement. L'humanité obéit à la loi du progrès, mais le

(1) Voyez mes *Études sur l'histoire de l'humanité*, t. II, p. 299 et suiv.
(2) Voyez mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. III, p. 252, 297 et 298.

progrès s'opère lentement, comme la croissance dans le monde physique. Les hommes ne peuvent se développer que dans l'état de société; le principe de tout progrès consiste donc à organiser la cité. L'homme commence par être un loup pour l'homme; quand les premières sociétés s'organisent, cette hostilité de tous contre tous fait place à l'hostilité des cités entre elles. Tout ce qui les entoure est ennemi : faut-il s'étonner que l'étranger soit traité en ennemi alors qu'il se conduit comme tel (1)? Mais s'il n'y a pas de droit pour l'étranger, il y a un droit pour le citoyen ; le citoyen est exalté aux dépens de l'étranger; plus le lien est étroit, plus il est puissant. Il faut des siècles de cette existence isolée pour consolider la cité au sein de laquelle le droit se développe avec une singulière énergie, comme privilége du citoyen et comme arme contre l'étranger. Telle fut la mission de l'antiquité : elle est grande, mais elle implique que les anciens ne pouvaient connaître le droit international. Ce progrès était réservé à un nouvel âge de l'humanité.

17. Le christianisme et les Barbares inaugurèrent cette ère nouvelle. Quelle est la part de la religion, quelle est la part des races germaniques dans l'immense révolution qui a commencé il y a dix-neuf siècles et qui est loin d'être à son terme? Les passions religieuses et politiques troublent l'histoire et sont une source de préjugés et d'erreurs qui se transmettent comme si c'étaient des axiomes. Il y a un christianisme fictif, imaginaire. On compare l'humanité actuelle à ce qu'elle était avant la venue du Christ, et l'on attribue à la prédication évangélique tous les progrès qui ont été accomplis depuis deux mille ans. C'est d'abord mutiler l'histoire : il y a plus d'un élément dans le développement de l'humanité. La philosophie de la Grèce est le premier germe de la libre pensée : la devons-nous au christianisme? Notre droit nous vient en grande partie de Rome, mais c'est de la Rome païenne et non de la Rome chrétienne. Ensuite, en rapportant tout ce qu'il y a de bon, de beau, de grand dans notre civili-

(1) Voyez mes *Études sur l'histoire de l'humanité*, t. III, p. 13, 66.

sation au christianisme, on oublie que la religion prêchée par les apôtres se bornait à annoncer aux hommes la fin du monde et à les convier de faire pénitence pour avoir place dans le royaume de Dieu qui allait s'ouvrir : est-ce qu'une religion de l'autre monde pouvait songer à transformer un monde qui va mourir? Le christianisme le transforma si peu, qu'il consacra de son autorité l'esclavage qui avait ruiné l'antiquité.

Laissons là des exagérations qui font tort à la religion que l'on veut glorifier. Les hommes font toujours plus et souvent autre chose que ce qu'ils veulent faire. Qu'importe que Jésus et ses disciples aient prêché la fin du monde? Ils ont inauguré un monde nouveau. Qu'importe encore qu'ils n'aient pas songé à abolir l'esclavage? Ils ont prêché l'unité et la fraternité humaines et cette doctrine contribua à régénérer l'humanité. Ce que l'on peut reprocher à l'Eglise, qui ne fut pas toujours fidèle aux inspirations de l'Evangile, c'est d'avoir outré le principe de l'unité, ce qui anéantit toute diversité nationale et même toute vie individuelle. Tels sont les vices profonds de l'unité catholique. Ils éclatent au moyen âge dans la fameuse formule : un Dieu, un Pape, un Empereur. C'est la monarchie universelle du Pape, car l'Empereur n'est que le bras armé de l'Eglise. Si cet idéal s'était réalisé, il n'y aurait jamais eu de nations, ni par conséquent de droit international; pour mieux dire, les mots de liberté, d'individualité n'auraient plus eu de sens; une tyrannie, comme il n'en a jamais existé, aurait pesé sur les peuples et sur les individus, le droit aurait disparu du langage des hommes; car peut-il être question de droit en face de Dieu et de son représentant infaillible, le pape? Que l'on songe à l'horrible législation sur les hérétiques! Le premier droit de l'homme, la liberté de la pensée, était considéré comme un crime : hérétiques et libres penseurs étaient exterminés par le fer et par le feu. Heureusement que l'idéal catholique était une utopie irréalisable. L'Eglise n'a jamais eu l'empire auquel elle prétend avoir un droit divin; l'unité par le Pape et l'Empereur n'a été qu'une longue lutte à l'issue de laquelle les nations se trouvèrent constituées, et c'est

alors seulement qu'il pouvait être question d'un droit international (1).

Toutefois, l'unité catholique a son rôle dans le développement du droit international. C'est un droit essentiellement universel, humain. Or, qui a répandu parmi les hommes et les peuples cet esprit d'unité qui tend à faire de toutes les nations une grande famille au sein de laquelle règnent la paix et le droit? L'Église seule concevait l'unité et avait l'ambition de la réaliser dans les longs siècles qui s'ouvrent avec l'invasion des Barbares. Partout ailleurs, dans l'ordre politique et civil, régnait une diversité infinie ; sans le lien de la religion, les hommes seraient devenus étrangers les uns aux autres et n'auraient eu d'autres relations que la guerre de tous contre tous : c'eût été la réalisation du mot de Plaute reproduit par Hobbes : *Homo homini lupus*. L'Église apprit aux peuples qu'ils étaient frères et que la paix devait régner entre eux. L'unité catholique était trop absolue, mais il fallait une unité de fer pour empêcher les Barbares et la Féodalité de se dissoudre en atomes (2).

18. Les Barbares détruisirent l'empire romain ; Charlemagne essaya vainement de le reconstituer ; l'unité répugnait à la race germanique, individuelle par essence ; les essais d'unité aboutirent à la féodalité, c'est-à-dire au régime de la diversité infinie. A entendre les historiens, le moyen âge est la domination de la force brutale, ce sont des siècles de fer ; les Allemands ont un mot caractéristique pour désigner cette époque de violence, le droit du poing (*faustrecht*). N'est-ce pas dire que la force, dans toute sa crudité, avait usurpé la place du droit? Cependant c'est sous le régime barbare que naît l'idée du droit entre les hommes et entre les peuples. Ceci n'est pas un paradoxe. L'antiquité a péri parce que l'esclavage était la base de l'état social. Le christianisme, quoiqu'il proclamât la fraternité religieuse et l'unité du genre humain, ne songeait pas à établir l'égalité dans l'ordre civil. Après cinq

(1) Voyez mes *Études sur l'histoire de l'humanité*, t. VI, *la Papauté et l'Empire*.
(2) Voyez mes *Études sur l'histoire de l'humanité*, t. V, *Les Barbares et le Catholicisme*.

siècles de christianisme, un empereur chrétien publia un corps de lois; l'esclavage, dans toute sa hideur, est consacré par les compilations de Justinien : les esclaves y sont assimilés aux brutes. C'est dans les siècles de fer de la féodalité, que l'esclavage s'est transformé en servage, la plus profonde révolution qui se soit opérée dans les destinées de l'humanité : le serf n'est plus une chose, c'est un homme, il a un rang dans la hiérarchie féodale, le plus bas, il est vrai; toutefois sa condition ne diffère pas essentiellement de celle du vassal. L'esclavage est aboli dans son essence, tout homme est un être capable de droit (1).

Comment se fait-il que des peuples barbares, qui semblent ne reconnaître d'autre loi que la force, aient accompli une révolution, qui reconnut la qualité d'homme à la tourbe des esclaves, traités de brutes dans les brillantes cités de la Grèce et de Rome? Comment se fait-il que la barbarie féodale ait été plus bienfaisante que la charité évangélique? Les Germains étaient doués au plus haut degré d'un sentiment qui manquait aux anciens, celui de la personnalité : ils ne connaissaient pas les cités ni l'État, ils n'aimaient que la sauvage indépendance qui s'était développée dans la liberté de leurs forêts. Chez les anciens, le citoyen était tout et l'homme rien; chez les Barbares, l'homme était tout, et de citoyen il n'y en avait point. Or, l'homme est l'égal de l'homme, et tout homme est un être capable de droit, ce qui ruine radicalement l'esclavage. Le serf n'est plus une machine vivante, comme Aristote le disait de l'esclave; c'est un homme, donc capable de droit; ses rapports avec son maître sont déterminés par un contrat, de même que les rapports du vassal avec son suzerain.

Dès que le droit est reconnu d'homme à homme, il le sera aussi de peuple à peuple. Il n'y a d'autres sociétés politiques au moyen âge que les seigneuries; tout baron est roi dans sa baronnie, mais il est en même temps vassal. C'est un contrat qui règle les rapports du vassal et du

(1) Voyez mes *Études sur l'histoire de l'humanité*, t. VII, *La Féodalité et l'Église.*

zerain. Toute la hiérarchie féodale est donc basée sur des contrats, c'est-à-dire sur l'idée du droit. Or, la féodalité enserrait l'Europe entière dans ses mille liens. Il n'y avait pas encore d'Etat, l'idée de patrie même n'existait point; on ne peut avoir qu'une patrie, tandis que le même baron était vassal du roi de France et du roi d'Angleterre. Il n'y avait que des rapports particuliers, créés par des conventions. De là il arriva que l'idée du droit régissait toutes espèces de relations, les rapports que nous appelons aujourd'hui internationaux, aussi bien que les rapports privés. En réalité, les rapports internationaux étaient des rapports privés, parce qu'ils étaient fondés sur des contrats. C'est ainsi que le droit pénétra dans une sphère où avait dominé jusque-là la force brutale. Pour la première fois la guerre eut ses lois; la justice, au moyen âge, était une image de la guerre, et la guerre, de son côté, était une espèce de justice. A plus forte raison en était-il ainsi des rapports privés entre les hommes. Alors même que la violence régnait, elle prenait les apparences du droit; la force finit par disparaître et le droit resta.

19. L'idée que le droit date des Barbares et de la féodalité paraîtra étrange aux admirateurs de Rome et de la civilisation antique : dans le domaine du droit international, le fait ne saurait cependant être contesté. On a fait de vains efforts pour trouver dans les écrits des jurisconsultes romains les principes du droit international privé. Comment y aurait-il eu une science du droit civil international, alors que l'étranger était sans droit, et qu'il fallait un traité pour créer entre les nations les liens que la nature même établit entre tous les hommes? Eh bien, cette science, que nos maîtres ignoraient, est née au moyen âge sous le régime féodal; d'obscurs glossateurs agitèrent des questions auxquelles Ulpien et Papinien n'avaient pas songé.

Quel que fût l'isolement des hommes au moyen âge, les petites souverainetés féodales se touchaient de si près, qu'entre proches voisins des rapports juridiques étaient inévitables. Or, chaque baronnie avait ses coutumes distinctes. Beaumanoir, qui constate le fait, ne dit pas comment se vidait le conflit de ces coutumes diverses. C'est

que, dans le système de la féodalité, il n'y avait pas de conflit. Beaumanoir dit que chaque baron était roi dans sa baronnie; il est vrai que chaque baron avait aussi son suzerain, mais les droits et obligations qui naissaient du contrat de vasselage n'avaient rien de commun avec le droit privé; la souveraineté se concentrait dans la justice, et la justice était une source de revenus pour celui qui l'exerçait. De là l'âpre jalousie avec laquelle les barons maintenaient leurs droits; ils ne pouvaient pas songer à reconnaître une autre loi que la coutume de leur baronnie; la souveraineté était essentiellement territoriale, elle embrassait tous les biens qui se trouvaient dans le territoire, et toutes les personnes qui l'habitaient; mais elle s'arrêtait à la limite du territoire. Aujourd'hui encore le principe de territorialité règne chez les nations, parce qu'elles tiennent à leur souveraineté et à leur indépendance; quelle devait être la puissance de ce principe chez les barons féodaux, animés de passions étroites et jalouses! De là date la règle du vieux droit français, que les coutumes sont réelles(1); elle rendait tout conflit impossible, puisque les juges féodaux appliquaient exclusivement la coutume de la baronnie, sans tenir aucun compte de la loi de la personne, celle-ci étant en tout soumise à la coutume de la châtellenie où le débat s'agitait. Si la réalité des coutumes prévient tout conflit, par contre elle sacrifie entièrement la personnalité humaine : tout était réel, même la majorité, c'est-à-dire l'âge auquel l'hommage devait être rendu par le vassal (2).

20. Le régime féodal régnait partout, jusque dans la patrie du droit romain; les livres des fiefs furent rédigés en Italie. Toutefois un autre élément finit par dominer la féodalité; le commerce et l'industrie prirent un développement merveilleux dans les cités italiennes, qui bientôt devinrent des républiques indépendantes. De là un mouvement intellectuel inconnu dans le reste de l'Europe

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, ch. XXIII, nº 38.

(2) Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, ch. XXIX, nºˢ 21-24.

féodale. L'Italie fut le théâtre de la première renaissance, celle de la science du droit, à laquelle les glossateurs attachèrent leur nom. Les compilations de Justinien ont moins d'attrait que les chefs-d'œuvre de la Grèce et de Rome, ce qui n'empêche pas le droit d'être une des faces les plus importantes de la vie. C'est avec le droit romain que les jurisconsultes formés à l'école de Bologne battirent en brèche le régime de la féodalité, et ce furent encore les légistes qui osèrent les premiers attaquer la toute-puissance de l'Église : le proverbe allemand, que les juristes sont de mauvais chrétiens (1), date du moyen âge. Les premiers essais de droit international privé datent de la même époque. Le nom même que porte la doctrine traditionnelle, celle des *statuts* personnels et réels, rappelle les cités italiennes qui avaient chacune leurs *statuts,* lois locales qui n'avaient de force que dans les petites républiques où elles étaient portées. Les statuts italiens avaient le même caractère territorial que les coutumes des châtellenies féodales; ils étaient aussi réels. Mais, tandis que l'isolement régnait dans le sein de la féodalité, tout était vie et mouvement dans les cités commerçantes de l'Italie. Le commerce est cosmopolite de sa nature; les passions politiques qui agitaient les républiques italiennes, comme, dans l'antiquité, la lutte de la démocratie et de l'aristocratie, contribuèrent à mêler les hommes; le parti dominant bannissait régulièrement ses adversaires; dans les écrits des glossateurs sur les statuts, il est question, à chaque page, des bannis.

Du mélange des hommes, et de la diversité des statuts devaient naître des conflits journaliers dans l'administration de la justice. Les juges féodaux appliquaient la coutume locale, je viens d'en dire la raison. Il n'en fut pas de même en Italie : les cités marchandes n'avaient pas cette âpre jalousie de leur souveraineté qui animait les barons; elles tenaient à l'extension de leur commerce plutôt qu'à l'application rigoureuse de leurs statuts; or, la réalité féodale aurait écarté les étrangers, tandis qu'il

(1) *Juristen sind böse Christen.*

était de l'intérêt des villes de les attirer, pour jouir de leurs capitaux et de leur industrie. L'homme l'emportait sur le sol : de là, l'idée de la personnalité des statuts, qui domine chez les glossateurs. Ils croyaient la trouver dans les textes romains; c'est une erreur, mais qu'importe! L'essentiel était que l'homme prenait la place du territoire: c'est le principe du droit international. Les glossateurs s'éloignaient encore de la féodalité par leur cosmopolitisme romain; pour eux, le droit écrit était la vérité absolue, et ils y lisaient que tous les habitants de l'empire étaient citoyens, et l'empire d'Allemagne était la continuation de l'empire de Rome : dans cet ordre d'idées, il n'y avait plus d'étrangers; du moins, tout homme jouissait des droits civils.

Ainsi l'on trouve chez les glossateurs les principes qui servent de fondement au droit international privé, la jouissance des droits privés reconnue à tout homme, et cette jouissance attachée à la personne et l'accompagnant partout. Notre science est donc italienne d'origine, et chose remarquable, c'est aussi l'Italie qui la première a consacré dans son code civil le principe de la personnalité du droit et l'égalité de tous les hommes, en ce qui regarde la jouissance des droits privés. Mais cela ne s'est fait qu'après de longues luttes; les premiers travaux des glossateurs datent du treizième siècle, et ce n'est qu'au dix-neuvième que le législateur italien a inscrit le principe de nationalité dans le code civil. C'est dire que la doctrine des glossateurs n'avait pas la certitude que nous lui donnons en formulant leurs idées: c'était un premier pas, et partant mal assuré. La mission des glossateurs n'était pas d'innover; il est douteux qu'ils eussent conscience de la science nouvelle qu'ils inauguraient. Les glossateurs étaient appelés à interpréter les textes; c'était un travail gigantesque, puisqu'il leur manquait les connaissances historiques et philologiques sans lesquelles l'interprétation n'a point de base solide. Leur respect pour les lois romaines était excessif; ils n'aimaient pas le droit statutaire, c'était à leurs yeux un droit odieux qu'il fallait restreindre; logiquement ils devaient vouloir qu'il n'y eût qu'un seul droit, celui de

Rome. Le droit romain coexistait avec les statuts, comme droit commun, et par conséquent comme la règle en face de l'exception. Deux éléments contraires se trouvaient en présence, l'unité et la diversité; il était difficile de les concilier. C'était, au fond, l'opposition de la personnalité et de la réalité. On ne voit pas que les glossateurs se soient rendu compte de cette lutte. Elle éclata au début de l'ère moderne et elle dure jusqu'à nos jours.

21. La France était partagée en pays de droit écrit et pays de droit coutumier, et dans les pays de coutumes régnait une diversité infinie. Quand les diverses provinces, jadis indépendantes, formèrent un seul royaume, des conflits devaient s'élever journellement, d'une part entre les lois romaines et les coutumes, d'autre part entre les diverses coutumes qui variaient sur tous les points. Il fallait un principe quelconque pour vider ces conflits. Le principe féodal était celui de la réalité. C'était la règle générale au seizième siècle (1).

Toutefois le principe contraire de la personnalité, d'abord mis en avant par les glossateurs, avait pris de la consistance. La réalité féodale conduisait à des conséquences absurdes. Il régnait une grande diversité dans les coutumes sur l'état et la capacité des personnes : dans telle coutume on était majeur à dix-huit ans, dans telle autre à vingt-cinq. En s'en tenant à la réalité des coutumes, il fallait dire que le même homme, contractant sous l'empire de deux coutumes contraires, était majeur dans l'une et mineur dans l'autre, que dans l'une il avait la capacité de tester, tandis que dans l'autre il ne l'avait point. Une seule et même personne pouvait-elle être tout ensemble majeure et mineure, capable et incapable? Peut-on ainsi scinder la personnalité humaine, la diviser et la faire combattre contre elle-même? L'esprit juridique se révoltait contre ce non-sens. Mais comment échapper à la réalité des coutumes? N'était-ce pas se mettre en opposition avec la souveraineté dont elles étaient l'expression?

(1) Dumoulin, dans ses *Apostilles sur les conseils d'Alexandre*, 16, lib. (Opera. t. III, p. 884, édit. de 1680.)

La coutume qui déclare les hommes majeurs à dix-huit ans peut-elle être étendue hors de son territoire, et recevoir son application sous l'empire d'une coutume qui étend la minorité jusqu'à vingt-cinq ans? On invoqua le bien public, et la nécessité d'éviter les embarras qu'occasionnait la réalité des statuts. Quant à la souveraineté territoriale, on l'écartait comme n'ayant plus de raison d'être depuis que toutes les provinces étaient réduites sous l'obéissance du même souverain; d'ailleurs la personnalité étant admise sous toutes les coutumes, la réciprocité rendait toutes choses égales entre les diverses coutumes, souveraines chacune, et étendant chacune leur empire partout en ce qui concernait les lois personnelles (1).

Telle était la doctrine de Dumoulin; elle est d'une évidence telle, que les partisans les plus décidés de la réalité des coutumes furent obligés de l'admettre. D'Argentré était de ce nombre. Mais, tout en reconnaissant qu'il y avait des statuts personnels, il en restreignait les effets, ce qui aboutissait presque à les annuler. Mais la personnalité l'emporta; le parlement de Paris donna raison à Dumoulin. Toutefois la victoire ne fut pas complète. Il y avait des pays, féodaux par excellence, où la réalité resta l'élément dominant. La Normandie et la Bretagne avaient une nationalité plus marquée que les autres provinces, et elles tenaient à leurs coutumes comme à un dernier débris de leur ancienne souveraineté; elles n'entendaient pas donner à leurs coutumes une autorité quelconque hors de leur territoire; mais, par contre, elles se refusaient obstinément à reconnaître une coutume étrangère, même quand il s'agissait de l'état et de la capacité des personnes. Il en était de même des provinces belgiques; le savant Stockmans se plaint de l'entêtement des jurisconsultes flamands sur ce point. « Il serait plus aisé, dit-il, d'enlever à Hercule sa massue, que de les faire départir de la règle que toutes les coutumes sont réelles (2). »

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, ch. XXIII, nos 40 et 42 (Œuvres, t. I, p. 659).
(2) Stockmans, *Decisiones*, L. 1. Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, ch. XXIII, nos 43 et 44.

Les meilleurs esprits se prononçaient pour la personnalité. Mais rien n'est plus tenace que la tradition dans le domaine du droit. Vainement Coquille se moquait-il de cette règle brocardique, qui, disait-il, est communément aux cerveaux des praticiens, que toutes coutumes « sont réelles » ; les maîtres de la science subissaient eux-mêmes l'influence d'une doctrine séculaire, et la jurisprudence était hésitante. La réalité des coutumes procédait du régime féodal ; or la féodalité civile survécut à la destruction de la féodalité politique : le droit privé étant empreint de l'esprit féodal, il était difficile à nos grands jurisconsultes de secouer le joug du passé. Dumoulin resta réaliste, à certains égards ; il fallait une révolution dans les esprits pour émanciper la science du droit. Le mouvement philosophique du dix-huitième siècle entraîna ceux-là mêmes qui n'étaient pas philosophes. On ne voit pas de traces, chez le président Bouhier, de la libre pensée qui agitait la France, cependant il est évident qu'il n'est plus enchaîné par le passé. Les glossateurs avaient déjà dit qu'en concurrence de la personne et de la chose, la personne doit l'emporter, les choses étant faites pour les personnes, et non les personnes pour les choses (1). La règle est donc que les statuts sont personnels ; et dans le doute on doit se prononcer pour la personnalité (2). Ainsi Bouhier renverse la tradition. Jadis on disait : Les coutumes sont réelles. Au dix-huitième siècle, on dit : Les coutumes sont personnelles, la réalité est l'exception. Quel est le sens et quelle est l'étendue de l'exception ? C'est-à-dire quand les lois sont-elles réelles, et pourquoi le sont-elles ?

22. J'ai déjà dit qu'à mon avis il n'y a ni règle ni exception. Les lois, par leur nature, sont personnelles, en ce sens qu'elles sont l'expression de la personnalité humaine, attachées par conséquent à la personne, et la suivant partout. Mais il y a aussi des lois réelles, en ce sens que leur empire est absolu, qu'elles régissent les personnes et les biens qui se trouvent dans le territoire sur lequel

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, ch. XXXVI, n° 6 (t. I, p. 820).
(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. I, p. 208, n° 138.

s'étend la puissance souveraine du législateur. Quelles lois sont personnelles? quelles lois sont réelles? Je dirai ailleurs les diverses phases de la controverse séculaire que cette question a soulevée : toute notre science est en cause dans ce débat, qui est loin d'être vidé. Pour savoir quelles lois sont personnelles ou réelles il faut avant tout s'entendre sur les motifs pour lesquels il y a des lois qui étendent leur empire au delà des limites du territoire et de la souveraineté territoriale. Or, sur cette question capitale, il y a un dissentiment profond; et tant que ce désaccord subsistera, il ne saurait être question d'un droit international privé, car les principes de ce droit doivent être les mêmes partout. Un droit international qui varierait d'un pays à l'autre n'est plus un droit international, c'est un droit local, territorial. Puisqu'il y a des principes divers, il faut d'abord les exposer succinctement. Si nous en trouvons un qui est fondé en raison, la cause de notre science sera gagnée; peu importe la contradiction qu'il rencontre, la vérité a en elle une puissance invincible; dès qu'elle est reconnue, son triomphe est assuré. Je dirai plus loin quelles sont les voies par lesquelles elle finira par obtenir l'assentiment universel.

23. Malgré les dissentiments qui divisent les législations et les auteurs, on admet généralement qu'il y a des lois personnelles; on ne dit plus, comme on le faisait sous le régime féodal, que les lois sont réelles d'une manière absolue. Les réalistes eux-mêmes conviennent que l'état de la personne est indivisible, et que l'homme ne saurait être incapable ici et capable ailleurs; c'est reconnaître que l'état est réglé par la loi qui régit la personne; peu importe, en ce qui concerne notre débat, que ce soit la loi de la nation ou la loi du domicile. Est-ce à dire que la loi ait une autorité de coaction en dehors du territoire sur lequel s'étend le pouvoir du législateur? Non, disent les réalistes, la loi est limitée au territoire, elle est territoriale, réelle; mais les nations étrangères consentent à tenir compte de la loi personnelle qui régit l'état et la capacité. Pourquoi y consentent-elles? Est-ce parce qu'elles y sont obligées? Non, car la souveraineté implique l'indépendance la plus

absolue, il ne saurait donc y avoir d'obligation pour les nations souveraines de reconnaître une force quelconque à des lois étrangères; si néanmoins elles le font, c'est par courtoisie, par des considérations de convenance. Qu'est-ce que cette courtoisie? Au fond, c'est l'intérêt. Les réalistes l'avouent : chaque nation est intéressée à ce que ses lois régissent les personnes qui lui appartiennent, alors même qu'elles résideraient à l'étranger, au moins quand il s'agit de l'état et de la capacité des individus. Toutes ayant le même intérêt, il est naturel qu'elles s'entendent. Mais, comme cet accord ne repose que sur l'intérêt, il y est toujours subordonné. C'est à chaque nation de voir si elle est intéressée à reconnaître les lois étrangères; dès qu'elle juge que son intérêt est contraire, elle repoussera l'application de ces lois; on ne peut lui opposer aucun droit, aucune obligation; elle seule est juge souveraine de ce qu'il lui convient de faire (1).

La doctrine de la courtoisie, exposée dans toute sa crudité, révolte la conscience et le sentiment du juste que Dieu y a déposé. C'est faire trop d'honneur à l'intérêt que de le qualifier de doctrine. L'intérêt n'est pas un principe, car les principes sont l'expression de la justice éternelle, tandis que l'intérêt peut varier et varie d'un jour à l'autre; que dis-je? d'une cause à l'autre. C'est une base bien fragile pour y asseoir le droit international; il faut dire plus, c'est l'absence d'un fondement rationnel, et partant la négation du droit. Cependant, ne soyons pas trop sévères. Dieu unit les hommes et les peuples par les besoins de leur nature physique, c'est-à-dire par leur intérêt; pourquoi n'en serait-il pas de même des relations juridiques, lesquelles sont aussi intéressées de leur essence? Toujours est-il que l'intérêt n'est qu'un mobile qui rapproche les hommes, ce n'est pas un principe. Quand le juge est appelé à décider une contestation internationale, il se trouve en face d'intérêts hostiles, il décide, non en vertu de l'intérêt,

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 32, n° 38; p. 137, n° 99; p. 29, n° 33; p. 31, n° 36; p. 74, n° 73.

ce qui serait contradictoire; il décide en vertu du droit, donc en vertu du juste. La justice domine l'intérêt. Il en est de même du législateur; il a pour mission de réaliser l'idée du juste, et Dieu veille à ce que le juste soit toujours utile. Toutefois l'intérêt doit être pris en considération quand il s'agit d'assurer l'existence et la conservation de l'État; ceci est plus qu'un intérêt, c'est un devoir et partant un droit.

24. La doctrine de l'intérêt, sous le nom de courtoisie, était admise généralement par les anciens légistes. Elle a trouvé des partisans en France; le code Napoléon reproduisant la théorie traditionnelle, l'intérêt français a aussi été invoqué par les interprètes; je me plais à constater qu'elle est en contradiction avec la glorieuse initiative prise par l'Assemblée constituante; la France y est revenue en abolissant le droit d'aubaine, que le code civil rétablissait implicitement. La tradition règne en maîtresse absolue chez les peuples de race anglo-saxonne. C'est une chose assez étrange, au premier abord; l'élément de l'individualité, et par conséquent de la personnalité, domine dans les sentiments et les idées des Anglo-Américains, tandis que la réalité féodale existe toujours dans leurs lois, et ils n'y admettent d'exception qu'en vertu de l'intérêt qu'ils ont à accorder un certain effet aux lois étrangères. La contradiction n'est pas aussi grande qu'on pourrait le croire : quand l'esprit d'individualité règne sans aucun contre-poids, il aboutit nécessairement à l'égoïsme national. On reproche à l'Angleterre de n'agir toujours qu'en vue de l'intérêt anglais; il en est de son droit international comme de sa politique, l'intérêt y domine, c'est à peine s'il se déguise sous le nom de courtoisie.

Tant que la doctrine de l'intérêt régnera, il faut renoncer à établir entre les peuples un système de droit international fondé sur l'idée du juste. Heureusement cette fausse théorie est répudiée par les jurisconsultes les plus éminents, et déjà le principe de justice est inscrit dans les lois de la nation qui a eu la gloire d'être le peuple juridique par excellence. La science allemande est cosmopolite par nature, parce qu'elle est imbue de l'esprit philoso-

phique : elle pense avec le poëte latin que rien de ce qui est humain ne doit rester étranger à l'homme. C'est sous cette inspiration qu'un des maîtres de la science, Savigny, a écrit une théorie du droit international privé. Il répudie l'intérêt, sous le nom de courtoisie, comme fondement du droit international privé. Le droit est fondé sur la nature humaine, et la nature nous dit que les hommes sont frères, malgré la division de l'humanité en nations. Il y a donc entre eux une *communauté de droit :* c'est le mot du célèbre jurisconsulte de Berlin (1). Ce qu'il y a de commun l'emporte sur ce qu'il y a de particulier; l'homme absorbe le citoyen en tout ce qui concerne les relations d'intérêt privé; le droit de la personne doit être reconnu partout, donc la personnalité est la base du droit international.

25. Cette doctrine a reçu d'admirables développements en Italie. Les Italiens ont donné une autre formule au principe cosmopolite des Allemands, ils l'ont appelé principe de nationalité. Au premier abord, on pourrait croire qu'il s'agit d'éléments contraires, hostiles; le cosmopolitisme ne menace-t-il pas l'existence des nationalités? Et exalter l'idée de nationalité, n'est-ce pas aboutir à l'égoïsme national et compromettre l'idée d'humanité? Non, je dirai plus loin que l'unité et la diversité se concilient parfaitement; l'une et l'autre sont répandues dans la création, l'une et l'autre viennent donc de Dieu. Les Italiens sont cosmopolites comme les Allemands, et il n'y a pas de peuple qui tienne avec plus de passion à sa nationalité, parce qu'il l'a reconquise au prix de luttes et de souffrances séculaires, Savigny invoque la communauté de droit qui existe entre les hommes, abstraction faite de leur nationalité. Cela est trop absolu, on ne peut pas abstraire l'homme de la nation à laquelle il appartient; car l'homme puise dans sa nationalité les caractères qui constituent son individualité; en ce sens de Maistre avait raison de dire qu'il ne connaissait que des Français, des Anglais, des Russes, qu'il n'avait jamais vu des êtres abstraits appelés hommes. Mais c'est trop dire : il y a

(1) Savigny, *System des römischen Rechts*, t. VIII, p. 27-29.

aussi un caractère commun à toutes les nations, c'est celui de l'humanité. Voilà pourquoi les Italiens peuvent être tout ensemble cosmopolites et nationaux. Puisque l'homme ne vit que comme membre d'une nation, sa nationalité et sa personnalité sont inséparables; ce qui conduit à la conséquence que la personnalité, sous le nom de nationalité, doit être partout respectée; c'est-à-dire que le droit national ou personnel suit l'homme partout (1).

La nationalité ou la personnalité est-elle un principe exclusif, de sorte qu'il n'y ait plus de lois *réelles*, dans le sens traditionnel du mot? Non, le code italien, après avoir consacré le principe de nationalité, ajoute (art. 12) que les lois étrangères ne pourront avoir effet contre les *lois prohibitives* du royaume concernant les personnes, les biens ou les actes, ni contre les lois qui regardent *d'une manière quelconque l'ordre public* et les *bonnes mœurs*. Les lois *prohibitives* ont pour objet de garantir un intérêt général; il en est de même des lois qui sont relatives à l'*ordre public* et aux *bonnes mœurs*. Ces lois sont des lois *réelles*, elles l'emportent sur le principe de personnalité ou de nationalité.

26. Pourquoi admet-on que la loi personnelle ou nationale régit la personne partout? Et pourquoi y a-t-il des lois qui, quoique relatives aux personnes, sont réelles? La diversité et la contrariété des lois viennent de la division du genre humain en nations indépendantes et souveraines. Cette indépendance n'implique pas que la souveraineté soit réelle ou territoriale, en ce sens que chaque Etat forme un corps à part, renfermé dans les limites de son territoire, ne reconnaissant aucune personnalité à l'étranger, et écartant toute influence d'une loi étrangère. Ainsi entendu, le principe de nationalité aboutirait à faire de chaque Etat une Chine, il détruirait l'idée d'humanité. Si Dieu a donné aux diverses fractions du genre humain un génie différent et une mission diverse, cela n'empêche pas l'unité, ni par conséquent un but commun, auquel tendent

(1) Mancini, Rapport fait à l'Institut de droit international dans la session de Genève (*Journal du droit international privé*, 1874, p. 228 et suiv., et 293 et suiv.). Esperson, *Il principio di nazionalita*, p. IV et suiv.

et convergent les membres de l'humanité; et si le but est unique, les nations forment un tout, et doivent être organisées de manière à concourir au but commun. Or, pour que les hommes, à quelque nation qu'ils appartiennent, puissent accomplir leur destinée, ils doivent jouir de certaines facultés que l'on appelle droits privés; ces droits, qui au fond sont les mêmes, varient néanmoins d'après les nationalités; chaque homme a donc un droit national ou personnel, qu'il tient de sa naissance, qui lui est inhérent et qui doit, par conséquent, le régir dans toutes les relations de sa vie privée. Si les nationalités sont de Dieu, le droit national procède de la même cause; chaque nation a droit à ce que les autres nations respectent son indépendance, et chaque homme a aussi droit à ce que sa personne et son droit personnel soient partout reconnus.

Tel est le fondement des lois personnelles. Quelle est la raison d'être des lois que nous avons appelées réelles? Les nations étant de Dieu, leur droit comme leur devoir est de se conserver et de se développer : l'une ne peut rien faire qui entrave l'existence et le développement des autres. Elles ressemblent, sous ce rapport, aux individus; ceux-ci coexistent dans la société, ayant chacun son individualité, et par conséquent sa vocation; tous ont un droit égal, et l'un ne peut pas léser le droit de l'autre. Tant qu'ils restent dans la limite de leur droit, sans attaquer le droit d'autrui, ils jouissent d'une entière liberté d'action, quand même ils compromettraient les intérêts de leurs voisins; mais leur droit cesse là où il y a lésion d'un droit égal. Il en est de même des nations et des rapports des personnes appartenant à des nations diverses. Les nations ont droit à l'indépendance et à la souveraineté; et dans la limite de ce droit, leur liberté est entière; elle cesse dès que l'usage de leur droit porterait atteinte au droit d'une autre nation. Tant qu'il ne s'agit que d'intérêts lésés, la souveraineté reste entière : le droit l'emporte sur l'intérêt, mais il s'arrête devant un droit égal.

Cette distinction justifie les principes de la personnalité ou de la nationalité, dans le domaine du droit international privé. L'homme doit jouir partout de la loi person-

nelle qu'il tient de sa naissance; c'est son droit, et l'Etat étranger, au sein duquel il réclame l'exercice de son droit personnel, ne peut pas lui opposer son droit de souveraineté, car la souveraineté ne regarde pas les relations purement privées; l'Etat ne peut pas même invoquer l'intérêt des nationaux, car l'intérêt cède devant le droit, le droit est universel de sa nature et il doit être reconnu partout. Toutefois, le droit personnel a une limite, c'est le droit égal de la nation au sein de laquelle l'étranger veut exercer son droit personnel. Ce droit égal ne peut pas être lésé par l'étranger. Quand y aura-t-il lésion? Quand l'existence, la conservation ou le développement de la société seraient compromis par l'application d'une loi étrangère. Voilà la limite du droit personnel (1).

Reste à déterminer et à préciser les cas où il y aurait lésion du droit public d'une nation par l'application d'une loi étrangère. La difficulté est grande parce que le droit public varie également d'un pays à l'autre; il se peut donc que la loi personnelle que l'étranger invoque soit en harmonie avec le droit public de sa nation, et soit en opposition avec le droit public de l'Etat où le conflit se présente. Régulièrement le juge s'en tiendra à la loi de son pays; ainsi le juge français refusera de prononcer le divorce de deux personnes étrangères dont la loi personnelle admet le divorce; dans notre opinion, au contraire, il devrait le prononcer; car le divorce ou l'indissolubilité du mariage n'est pas une de ces lois qui tiennent à la conservation de l'ordre social. Mais on conçoit que les appréciations diffèrent d'après les sentiments et les idées, et même d'après les préjugés religieux ou politiques. Ici les traités doivent intervenir; c'est le seul moyen de vider le conflit. J'ajoute que les traités sont nécessaires pour donner au droit international privé la certitude et la force obligatoire, qui seules en font un droit positif.

(1) Mancini, Rapport à l'Institut de droit international (*Journal du droit international privé*, 1874, p. 295-297).

§ III. *Caractère du droit international privé.*

N° 1. Est-ce un droit théorique? Est-ce un droit positif?

27. J'ai intitulé cette introduction : *Y a-t-il un droit international privé?* La question aura scandalisé plus d'un lecteur. Cependant le doute est permis quand on voit la déplorable incertitude qui règne sur le caractère même de notre science. Ici l'analogie entre le droit international privé et le droit des gens n'est que trop réelle. Ecoutons d'abord les trois maîtres de la science du droit des gens. Grotius le fonde sur le consentement exprès ou tacite des nations (1). A ce titre, le droit des gens serait un droit positif, puisque le consentement se manifeste soit par des conventions, soit par des coutumes. Mais on cherche vainement dans l'ouvrage de Grotius des traités et des usages généraux; en réalité, son livre est un traité de droit naturel appuyé sur les auteurs de l'antiquité classique : singuliers témoignages en faveur du droit, que l'on va chercher à une époque où la force dominait! Hobbes a raison de dire que le droit des gens n'est autre chose que le droit naturel appliqué aux Etats (2). Puffendorf nie formellement l'existence d'un droit des gens positif : il ne peut pas y avoir de loi, dit-il, sans législateur; or, il n'y a point de législateur des nations; dès lors le droit des gens ne saurait être que le droit naturel entre les peuples (3). Tel est aussi l'avis de Wolf, sauf qu'il ajoute qu'il y a une différence entre le droit naturel des individus et le droit naturel des gens, ce qui est d'évidence, mais cela est indifférent pour notre question (4). Vattel, qui jouit d'une grande réputation en France, n'a fait que résumer la doctrine de Wolf; toutefois il s'écarte de son maître en un point essentiel pour le droit international privé aussi bien que pour le droit des gens. Wolf a emprunté à Leibnitz

(1) Grotius, *Discours préliminaire*, § 41, traduction de Barbeyrac.
(2) Hobbes, *De Cive*, ch. XIV, § 4.
(3) Puffendorf, *De Jure naturæ et gentium*, II, 3, 23.
(4) Wolf, *De Jure gentium*, Præfatio.

l'idée d'une société naturelle entre les peuples : c'est la base de tout droit international. La destinée de l'homme est de se perfectionner; les Etats doivent avoir le même but; ils sont donc obligés d'unir leurs forces pour l'atteindre; cela suppose que la nature a formé entre eux une espèce de société, c'est la grande société civile, dont toutes les nations sont les membres et en quelque sorte les citoyens (1). Vattel n'admet pas qu'il y ait une société naturelle entre les peuples; il nie même que les nations ou les Etats soient une création de la nature, ou, comme nous dirions, *qu'elles procèdent* de Dieu; il ne voit dans l'humanité que des individus (2). Cette doctrine ruine le fondement du droit des gens : peut-il être question d'un droit *naturel* régissant les nations, si les nations n'existent pas par une *loi de la nature?* C'est seulement quand on admet une société des nations que l'on peut rechercher les lois qui régissent leurs rapports.

Nous ne sommes pas au bout de nos incertitudes. Le droit des gens naturel est une pure théorie, et quoique les auteurs l'appellent *nécessaire* et *immuable*, les nations l'ignorent; pour trouver une base à leur science, ils ont imaginé un autre droit des gens qu'ils appellent *volontaire*, parce qu'il se fonde sur la volonté des nations libres et indépendantes. Cela nous ramène à la définition de Grotius : un droit qui résulte du consentement des peuples est nécessairement un droit positif. Néanmoins Vattel dit que le droit des gens volontaire est aussi un droit naturel, modifié par les exigences de la réalité (3). C'est un tissu de contradictions. Un droit qui transige avec les faits, déroge par là même au droit *nécessaire* et *immuable* qui découle de la nature : ainsi un seul et même droit serait tout ensemble *nécessaire* et *volontaire*, *immuable* et *changeant!*

Il y a d'innombrables manuels qui traitent du droit de la nature et des gens. Dugald Stewart, le philosophe écossais, a jugé cette littérature avec une grande sévérité :

(1) Wolf, *Institutiones*, § 1010.
(2) Vattel, *Le Droit des gens*, préface.
(3) Vattel, *Préliminaires*, §§ 7-9.

« Il serait difficile, dit-il, de trouver des écrivains dont les travaux aient été plus inutiles au monde. Ce sont toujours les mêmes idées qui reviennent, la science n'avance point d'un pas; elle semble, au contraire, à peine sortie des langes de l'enfance, tomber dans un état de décrépitude et d'imbécillité. » C'est ce qui a engagé les auteurs modernes à abandonner le droit nécessaire et absolu, pour s'en tenir au droit positif. Mais d'un écueil ils sont tombés dans un autre. Où trouver un droit positif sans législateur? On en est réduit à constater certains usages qui se sont établis entre les nations, soit pendant la paix, soit pendant la guerre. Il n'y a pas de science plus maigre, pas d'ouvrages plus ennuyants. Le dernier auteur qui a écrit sur le droit des gens moderne, M. Bluntschli, a compris qu'une science qui est encore à l'état de formation ne saurait se contenter de recueillir les faits, pour en faire une théorie. Il s'agit d'une face de la vie; le droit est une science vivante, et la vie est un développement, un progrès incessant; donc quand on recherche les lois qui doivent régir les nations, on doit avoir l'œil fixé sur l'avenir; la philosophie doit illuminer les faits, toutefois sans quitter le terrain de la réalité, car le droit est une science vivante, donc actuelle et non future (1). En définitive, le droit des gens n'est encore qu'une histoire, mais il doit devenir un droit. C'est dire que la science doit s'inspirer à la fois des faits et de l'idéal.

28. Les glossateurs et les premiers auteurs qui écrivirent sur les statuts s'appuient sur les textes compilés par Justinien. Jamais il n'y a eu d'autorité comparable à celle du droit romain. C'était jadis le droit par excellence, et il suffisait qu'une règle fût écrite dans les lois romaines, pour qu'elle fût réputée l'expression de la vérité éternelle. En France on disait que c'était la raison écrite. Il y a plus. On était si convaincu que le Digeste et le Code comprenaient le droit dans toute sa perfection, que l'on y cherchait même ce qui ne s'y trouvait point, et ce qui ne pouvait pas y être : des principes certains sur le conflit des

(1) Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht*, Vorwort, p. VI et VII.

statuts. Comment les jurisconsultes romains auraient-ils tracé les règles du droit international privé, alors que cette science n'existait pas encore? La question n'a aucun intérêt pour nous, puisque la France, la Belgique et l'Italie ont leurs codes; le droit romain n'est plus que de l'histoire. Il suffit de constater que les maîtres de la science se sont mis à examiner avec un soin scrupuleux les textes dans lesquels on avait cru trouver des principes pour le droit civil international; et ils ont été réduits à dresser un procès-verbal de carence. Savigny déclare qu'il est impossible de déterminer avec précision quels étaient les principes du droit romain, en cas de conflit des lois diverses que l'on suivait dans les diverses provinces. Vangerow dit que les textes ne fournissent aucun renseignement. Wächter et Bar sont arrivés à la même conclusion (1). Je reviendrai sur les institutions romaines dans l'étude que je consacrerai à l'histoire du droit international; pour le moment, je demande où l'on puise les règles de notre science, et il est certain que ce n'est point dans les compilations de Justinien.

29. Le droit international privé prit naissance quand les auteurs admirent des statuts personnels, par dérogation à la réalité des coutumes. Comment savoir quelles lois étaient personnelles? Les légistes ne sont jamais parvenus à s'entendre sur ce point, parce qu'ils n'avaient pas de principe certain. Voici ce qu'on lit dans Bouhier, le plus judicieux des auteurs anciens qui ont écrit sur la matière des statuts : « Encore que la règle étroite soit pour la restriction des coutumes dans leurs limites, l'extension en a néanmoins été admise en faveur de l'utilité publique, et souvent même par une *espèce de nécessité*. Ainsi, quand les peuples voisins ont souffert cette extension, ce n'est pas qu'ils se soient soumis à un statut étranger, c'est seulement parce qu'ils y ont trouvé leur *intérêt*

(1) Savigny, *System des römischen Rechts*, t. VIII, p. 77 (§ 350). Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, t. I, § 27, p. 63. Wächter, *Ueber die Collision der Privatrechtgesetze verschiedener Staaten* (*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXIV, p. 246-251). Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 12-15.

particulier, en ce qu'en pareil cas leurs coutumes ont le même avantage dans les provinces voisines. On peut donc dire que cette extension est fondée sur une *espèce de droit des gens* et de *bienséance*, en vertu duquel les différents peuples sont tacitement demeurés d'accord de souffrir cette extension de coutume à coutume, toutes les fois que l'*équité* et l'utilité commune le demanderaient. » Ailleurs le président Bouhier dit que la réalité des coutumes a été tempérée par une *courtoisie réciproque* des peuples qui sont amis, et où chacun trouve son *intérêt* (1). L'incertitude des principes se trahit dans le langage : Qu'est-ce qu'une *espèce de nécessité?* une *espèce* de *bienséance* ou de *courtoisie?* Cela se réduit en définitive à l'*intérêt particulier* de chaque peuple, et l'intérêt est-il un principe?

Les légistes anglo-américains vont répondre à la question. Ils appellent *comity of nations* le principe que Bouhier qualifie de *bienséance* ou de *courtoisie* : Story dit que c'est le vrai fondement du droit international privé. Si une loi étrangère est appliquée dans un autre Etat, c'est par le consentement volontaire de celui-ci, et l'on ne peut pas admettre qu'il y consente, dès que cette application est contraire à ses *intérêts*. Dans le silence de la loi, les cours de justice *présumeront* l'adoption tacite du droit étranger par leur gouvernement. Non pas que le juge dise : « Je trouve que la courtoisie exige que l'on tienne compte de la loi personnelle des parties » ; mais il se fondera sur la courtoisie des nations. Comment saura-t-on s'il y a ou non courtoisie internationale? La bienséance réciproque étant basée sur le consentement des nations, forme une espèce d'usage, lequel sera prouvé comme le sont les coutumes en général, c'est-à-dire par la doctrine des auteurs et la jurisprudence des tribunaux. C'est ce que la cour suprême des Etats-Unis appelle la pratique générale des pays civilisés (2). Rien de plus vague et de plus incertain que le droit coutumier ; l'incer-

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, ch. XXIII, n° 62 (t. I, p. 662), et ch. XXIV, n° 127 (t. I, p. 689).

(2) Story, *Conflict of laws*, ch. II, § 38, p. 32, et en note la sentence du *chief justice* Taney.

titude augmente quand il s'agit du droit international privé. Comment savoir ce qui est *comity of nations?* Ce n'est pas le sentiment individuel du juge qui déterminera s'il y a courtoisie à appliquer la loi étrangère, c'est la *pratique générale des peuples civilisés*. Mais comment s'établit cette pratique? N'est-ce pas par les précédents judiciaires? Nous voilà dans un cercle vicieux; les cours ne jugent point d'après leur opinion, et c'est néanmoins l'accord de leurs décisions qui prouvera l'existence de la *comity of nations*. Ce n'est pas tout. La *bienséance* et la *courtoisie* sont un langage diplomatique, très beau dans la forme, mais déguisant un mobile que Platon n'aurait certes pas déclaré beau et bon, l'intérêt. Et c'est dans chaque cause que le juge sera appelé à décider si l'application de la loi étrangère est préjudiciable ou non aux intérêts anglais ou américains. En définitive, tout dépendra de la mobilité des intérêts et de l'arbitraire des cours de justice.

30. Je dis que l'intérêt n'est pas un principe. Pour s'en convaincre, on n'a qu'à lire l'ouvrage de Fœlix, qui jouit d'une grande autorité en France. Il constate que la plupart des jurisconsultes qui ont écrit sur le droit international privé ont procédé *à priori*, c'est-à-dire d'après des principes philosophiques, comme faisaient les auteurs du droit des gens, Grotius, Puffendorf, Wolf et Vattel. Cela suppose qu'il y a entre les nations un droit obligatoire, indépendant de leur consentement. C'est ce que Fœlix nie. S'il y a des règles qu'elles observent dans leurs relations privées, c'est qu'elles les reconnaissent par un consentement purement volontaire. Il ne s'agit donc pas de savoir si les principes sont vrais ou faux, il s'agit de savoir s'ils sont reçus par les nations; et elles les reçoivent uniquement par bienséance, pour mieux dire, parce qu'elles y trouvent leur intérêt. Fœlix répudie toute théorie, tout idéal; il dit que les doctrines philosophiques sont plus qu'inutiles, qu'elles sont funestes, subversives, révolutionnaires (1).

(1) Fœlix, *Traité du droit international privé*, préface de la 2e édition, p. III et IV.

J'avoue que la doctrine de l'utilité, considérée comme fondement du droit, m'est profondément antipathique. Tout mon être se révolte contre cet abaissement de la science. J'ai enseigné toute ma vie que le droit est antérieur à la loi, antérieur à la coutume, et qu'il a sa source dans la nature de l'homme, et dans le sentiment du juste que Dieu a gravé dans la conscience humaine. Il y a donc un droit qui est l'expression de la justice et de la vérité éternelles; c'est cet idéal que les législateurs et les jurisconsultes doivent chercher à réaliser, dans les limites de l'imperfection humaine. Qu'importe que les nations ne reconnaissent point au-dessus d'elles un législateur qui ait pouvoir de leur imposer des lois? Il y a un maître qu'elles ne récuseront point; c'est Celui qui leur a donné l'existence; ce maître est toute justice et, que nous y consentions ou non, il nous impose comme loi de nous approcher toujours de cet idéal de perfection : « Soyez parfaits comme votre Père dans les cieux! » Cette parole de Jésus-Christ est aussi la doctrine des philosophes, et ce sont les idées qui gouvernent le monde, et non un misérable intérêt qui change au gré de nos passions. Cela ne veut pas dire que le droit international privé soit une abstraction. Le droit, tel qu'il découle de la nature de l'homme, prend un corps; il est formulé dans les coutumes, les lois et les traités; formule toujours imparfaite, que les interprètes doivent développer et perfectionner sans cesse.

31. J'ai été heureux de trouver dans un de nos vieux maîtres, Charles Dumoulin, un principe bien différent de celui que je viens de critiquer. Il enseigne que l'extension du statut hors des limites de son territoire se doit faire : « Quum fundatur in ratione *boni universi*, et in causa habente consensum *justitiæ naturalis* vel *juris communis* (1). » Dumoulin ne parle pas de bienséance, de courtoisie, ni d'intérêt. Le *bien universel* figure dans sa formule; cela implique que ce n'est plus l'*intérêt particulier* de chaque nation qui doit décider si une loi est personnelle; le grand jurisconsulte a soin d'ajouter la *justice na-*

(1) Dumoulin, *in Cod.*, lib. I, tit. I (Op. t. III, p. 556, édit. de 1680).

turelle et le *droit commun*. N'est-ce pas là un droit qui découle de la *nature* de l'homme et des sociétés civiles, droit qui forme le *lien commun* des peuples ? Il y a donc un droit naturel qui est la source et le fondement du droit positif, lois, coutumes ou traités. Répudier le droit philosophique, c'est répudier le droit dans son essence.

Ces idées ont reçu un magnifique développement dans l'école italienne dont Mancini est l'illustre chef. Les Italiens sont idéalistes par leur nature et par leur destinée ; ils dédaignent les faits, et on le comprend, car qu'est-ce que le fait a été pour eux pendant des siècles ? La tyrannie religieuse et l'oppression politique. Est-ce que par hasard la servitude serait légitime parce qu'elle a été consacrée par le prétendu droit des gens ? Les hommes du fait affichent un dédain superbe pour les hommes de théorie, les rêveurs et les utopistes. Mancini leur rend le mépris avec usure : il met au pilori de la justice la diplomatie qui ne connaît que les traités, et qui ne les respecte qu'en tant qu'ils servent ses intérêts : il flétrit une science qui n'est que mensonge et tromperie, et qui trafique du sang des peuples comme si c'était une vile marchandise. Non, s'écrie le noble organe de la race italienne, le droit ne repose pas sur des faits et des intérêts variables ; il y a une autorité supérieure à celle des coutumes, des lois et des conventions, c'est la nature de l'homme et des sociétés civiles qui nous la révèle, c'est Dieu qui en est l'auteur (1). Est-ce à dire que Mancini ne tient aucun compte des faits, et qu'il se perd dans de stériles abstractions ? Il reproche, au contraire, aux hommes du fait d'ignorer les faits. La suite des faits constitue l'histoire, et l'histoire est la révélation des desseins de Dieu et de la loi providentielle qui régit l'humanité. C'est en s'appuyant sur les faits que l'école italienne proclame le principe de nationalité comme base du droit international public et privé. Les diplomates prenaient en pitié les efforts d'une noble race qui cherchait à reconquérir sa nationalité : l'Italie, disaient-ils, n'est qu'une unité géographique. Ils se trompaient ; les hommes

(1) Mancini, *Diritto internazionale* (Napoli, 1873), p. 72, 76, 77.

de l'idéal voyaient plus clair que les hommes du fait. Dans sa chaire d'exilé, à Turin, Mancini déployait le drapeau de la nationalité italienne devant une jeunesse frémissante; il appelait ses auditeurs à l'action. La science, disait-il, ne doit pas être une vaine spéculation, une curiosité littéraire; l'idée est appelée à gouverner le monde; il faut donc qu'elle s'incarne dans les faits. Le professeur était prophète : il disait à ceux qui écoutaient ses paroles enflammées, que la seconde moitié du dix-neuvième siècle verrait se réaliser le principe de nationalité, et que les enfants de ceux qui avaient combattu et souffert pour la patrie italienne, plus heureux que leurs pères, jouiraient des fruits de la victoire (1). La nation italienne est constituée, et le principe de nationalité est inscrit dans son code.

32. Ma conclusion est qu'il n'y a pas de science sans idéal, comme il n'y a pas de science sans faits qui servent d'appui à l'idée. Séparer l'idée de la réalité, c'est aboutir à des abstractions inutiles, ou à des faits sans signification. La spéculation, pour être puissante et même pour être possible, doit reposer sur des faits, sinon elle perd tout crédit, et elle mérite d'être discréditée. Quant à rassembler des faits, sans les éclairer par l'idée, c'est renoncer d'avance à toute influence scientifique, car des faits sans idéal ne méritent pas le nom de science. Il faut unir la philosophie à l'histoire. Tel est l'enseignement que nous donne la lutte de l'école historique et de l'école philosophique. La première, illustrée par les travaux de Savigny, s'est égarée trop souvent dans des recherches de détails, bonnes tout au plus pour orner un cabinet d'antiquaire; et à force d'étudier avec soin les institutions du passé, elle finissait par le considérer comme l'état définitif de l'humanité. C'était immobiliser la vie, c'est-à-dire la tuer. Le rationalisme philosophique présentait un autre écueil : il construisait des systèmes absolus, pour des êtres abstraits, applicables même aux habitants de la lune, c'est-à-dire à des êtres imaginaires; et il oubliait de tenir compte des

(1) Mancini, *Diritto internazionale*, p. 81, 88, 90.

êtres réels, de leurs sentiments et de leurs idées. La lutte a cessé; il n'y a plus d'école historique ni d'école philosophique, exclusives l'une et l'autre; la philosophie s'inspire de l'histoire, et l'histoire s'inspire de la philosophie.

N° 2. Sources du droit international privé; lois, coutumes et traités.

33. Le droit est une science positive, puisque c'est un élément de la vie réelle. Il a un fondement philosophique, puisqu'il découle de la nature de l'homme et des sociétés civiles. Mais ce n'est pas ce droit philosophique qui constitue le droit vivant, celui que les tribunaux appliquent; le juge ne décide pas les contestations d'après le droit naturel; ses décisions sont fondées sur les lois ou sur les coutumes. Le droit commence par se manifester sous la forme de coutumes; il peut se développer et atteindre même une perfection relative, sans l'aide du législateur. Il en a été ainsi du droit romain; les lois romaines ne sont pas l'œuvre du législateur, c'est le travail de la science, organe du génie national. Le peuple-roi était une race de juristes : conquérir le monde, le gouverner, telle était sa mission, décrite en beaux vers par Virgile. Le droit lui servait d'instrument; c'est le droit qui transforma les Gaulois en Romains. Ce fait est unique dans l'histoire. Le droit a été coutumier dans une grande partie de la France; il l'est encore en Allemagne et dans les pays anglo-saxons. Mais il n'a acquis nulle part la précision, la certitude mathématique qu'il avait à Rome. La diversité des coutumes rend le droit incertain, et, d'un autre côté, le droit, sous la forme coutumière, menace de s'immobiliser et de rester stationnaire, pendant que les sociétés avancent sans cesse sous la loi du progrès. Un des bienfaits de la révolution de 1789 a été de doter la France d'un code de lois générales, claires et précises; et ce travail de codification fait le tour du monde. Je constate le fait, parce qu'il est d'une grande importance pour la science qui fait l'objet de ces Etudes. La codification française a trouvé un adversaire passionné et injuste dans Savigny, et, par une ironie du sort, le chef de l'école historique fut appelé dans

sa vieillesse à présider, comme ministre, au travail législatif qui se faisait en Prusse, et qui se poursuit maintenant, sur une plus grande échelle, dans l'empire d'Allemagne. L'unité du droit est un puissant élément de l'unité nationale; à mesure que les nationalités se constituent, elles ne manqueront pas de se donner un corps de lois, expression du génie national.

34. Les lois sont donc l'élément principal et presque exclusif du droit. Il n'en est pas de même du droit international privé. La loi y a un rôle peu considérable. Cela s'explique. La loi commande, mais ses dispositions s'arrêtent aux limites du territoire sur lequel s'étend le pouvoir du législateur. Ainsi le code italien consacre des principes qui forment les bases de notre science, mais il n'a pas pu donner à ces dispositions une autorité obligatoire en dehors de l'Italie. De fait, le principe de nationalité, avec ses conséquences, n'est pas admis en France, et bien moins encore dans les États anglo-américains. Le droit international privé est universel de sa nature; il y a contradiction dans les termes à formuler les règles qui régissent des rapports internationaux par des lois particulières et nécessairement diverses. On n'arrivera jamais à établir un droit international par voie de législation, à moins de supposer que les nations se consultent et s'entendent préalablement, ce qui implique des négociations diplomatiques et des traités, et les traités se font par concours de volontés et non par voie de commandement.

Il va sans dire que, si le législateur consacre des principes du droit international, comme le fait le code italien, les règles qu'il établit seront obligatoires pour le juge, quand même elles ne seraient pas en harmonie avec les enseignements de la science. Le code Napoléon, désertant la glorieuse tradition de 89, a consacré la doctrine surannée des droits civils et des droits naturels, en n'accordant à l'étranger que la jouissance de ces derniers, ce qui aboutit à dire que l'étranger est sans droit, sauf en vertu d'un traité de réciprocité. Les interprètes se sont vainement élevés contre la barbarie de cette législation; la cour de cassation a repoussé leur interprétation, qui tendait à faire

un nouveau code civil : le juge ne peut jamais se faire législateur ni se mettre au-dessus de la loi. Cependant un écrivain allemand a soutenu que les lois contraires aux principes certains de la science étaient sans valeur aucune, parce que des lois pareilles ne seraient point des lois. Struve suppose que le législateur déclare que le juge devra toujours décider les contestations internationales d'après la loi territoriale, sans jamais tenir compte de la loi du pays où le fait juridique s'est passé : cette loi, dit-il, serait radicalement nulle (1). Voilà les égarements de la théorie, quand elle reste étrangère à la vie réelle!

On est rarement dans le cas d'invoquer la loi, parce que les textes font défaut. Un jurisconsulte allemand qui a écrit une excellente dissertation sur les principes de notre science, Wachter, enseigne que, dans le silence de la loi sur les rapports internationaux, le juge peut et doit appliquer la loi nationale par voie d'analogie. Il est vrai que l'application analogique est de droit commun; mais cette règle peut-elle être étendue à des relations où figure un étranger, et à des faits juridiques qui se sont accomplis en pays étranger? Cela me paraît bien chanceux. Wächter cite des exemples qui ne concernent pas le débat. Il suppose qu'un étranger réclame le payement d'une dette de jeu dans un pays qui ne donne aucune action pour ces dettes : le juge, dit-il, appliquera la loi territoriale par analogie (2). Sans doute, le juge rejettera la demande, mais il n'a pas besoin d'invoquer l'argumentation analogique; la loi nationale est directement applicable à l'espèce, parce que c'est une loi de droit public; l'intérêt de la société est en cause, puisque le législateur ne peut donner aucun effet à des conventions qui détournent les hommes du travail, le travail étant la base de l'ordre économique tout ensemble et de l'ordre moral.

On pourrait alléguer, à l'appui de l'application analo-

(1) Von Struve, *Ueber das positive Rechtsgesetz in seiner Beziehung auf räumliche Verhältnisse und über die Anwendung der Gesetze verschiedener Orte* (1834), p. 121. Wächter a pris la peine de réfuter ces extravagances. *Archiv für civilistische Praxis*, t. XXIV, p. 238, 239.

(2) Wächter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXIV, p. 261 et suivantes.

gique des lois, un exemple emprunté au code Napoléon. L'article 3 porte que les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger. Faut-il en induire que la loi personnelle de l'étranger doit recevoir son application en France? La question est controversée. Il y a certes même motif de décider, toutefois l'argumentation analogique est hasardée. Il est toujours dangereux de se prévaloir du silence de la loi et, dans l'espèce, on peut soutenir que le législateur n'a pas voulu décider la question, précisément pour que le juge ne fût pas lié par une règle absolue, alors que l'intérêt français s'opposerait à l'application de la loi étrangère. Je reviendrai sur ce débat.

35. L'élément coutumier joue un plus grand rôle dans le droit international que l'élément législatif. De fait, et tant que les principes du droit international privé ne seront pas établis par des lois et par des traités, les coutumes sont la seule source où le juge trouve des règles pour décider les contestations qui lui sont soumises. Mais qu'est-ce qu'une coutume internationale? Quelles sont les conditions requises pour que la coutume se forme et devienne obligatoire? Ces questions sont déjà très difficiles et très controversées quand il s'agit de coutumes qui tiennent lieu de lois dans l'intérieur de chaque Etat (1). Les doutes augmentent quand il est question de coutumes internationales. On dit d'ordinaire que la coutume est l'expression tacite de la volonté nationale. Cela déjà est douteux, car la puissance souveraine se manifeste dans des formes solennelles, en dehors desquelles il n'y a point de volonté nationale. Supposons qu'il y ait une volonté tacite, équivalant à une loi; cela suffira-t-il pour qu'il se forme une règle internationale? Comme droit national, oui. Comme droit international, non; car dès que plusieurs nations sont en cause, il ne peut plus être question d'une loi nationale. En effet, le droit entre les nations s'établit par voie de conventions; il faudrait donc prouver le concours de volontés des nations entre lesquelles le débat

(1) Keller, *Pandekten*, p. 6, § 3.

s'agite. Le consentement peut certainement être tacite; il s'induit, dans ce cas, des faits posés par les parties intéressées. Quels sont ces faits dans le domaine des relations internationales? Répondre, comme le fait l'école historique, que le droit existe dans la conscience nationale, avant de se manifester sous la forme coutumière (1), c'est ne rien dire. Comment saisir ce que dit la conscience internationale? La coutume est quelque chose de positif, aussi bien que la loi; jadis on la prouvait par enquête : conçoit-on que des témoins viennent déposer sur ce qui se passe dans la conscience internationale? Restent les précédents judiciaires et la doctrine des auteurs. La jurisprudence ne fait pas la loi, elle l'applique; elle ne pourrait donc être invoquée qu'en tant qu'elle constate une règle coutumière. Mais comment le juge établira-t-il l'existence d'une coutume? La difficulté reparaît, et alors même que le juge la décide, sa décision ne suffit point; il peut, dans un nouveau débat, porter un jugement contraire, et les diverses cours peuvent être en désaccord. Exigera-t-on une série de décisions qui concordent? Ce serait demander le plus souvent l'impossible.

Les cours anglo-américaines, dont les décisions prennent parfois l'ampleur d'une dissertation, se fondent d'ordinaire sur la doctrine des auteurs. En Allemagne aussi on parle d'un droit de juristes (2). L'expression est mauvaise : les jurisconsultes ne font pas plus le droit que les magistrats. On dit qu'ils sont les organes de la conscience nationale; il faudrait dire, dans notre matière, de la conscience internationale. Cela est très nuageux, et quand du ciel on descend sur la terre, on voit que la plupart des écrivains sont étrangers à la vie réelle; ce sont des théoriciens qui bâtissent leurs systèmes sans se soucier ni s'enquérir de la prétendue conscience publique. La conscience générale est aussi un mythe; l'immense majorité des hommes dont se composent les nations n'ont pas la moindre idée du droit, et ne comprennent pas même le

(1) Savigny, *System*, t. I, p. 34, § 12.
(2) *Juristen Recht* (Savigny, *System*, t. I, p. 45, § 14).

langage juridique; et l'on veut que l'ignorance ait conscience de principes que les jurisconsultes consommés ont de la peine à saisir! C'est vouloir que la lumière procède des ténèbres.

A mon avis, l'école historique est trop préoccupée de ce qui se passait à Rome; les jurisconsultes y jouissaient d'une autorité qu'ils n'ont plus acquise ailleurs : ils faisaient réellement le droit, et on peut dire qu'ils étaient les organes de la conscience nationale, car le peuple-roi était un peuple de juristes (1). Tout cela est de l'histoire. Dans les États modernes, la conscience nationale a des organes officiels et constitutionnels; c'est le pouvoir législatif de chaque nation qui fait le droit ou qui du moins l'écrit; l'élément coutumier a perdu toute importance, à ce point que l'on se demande s'il y a encore des coutumes sous l'empire des codes. Quant aux légistes, leur situation a changé du tout au tout; non seulement ils ne font plus le droit, mais on ne peut plus dire qu'ils soient les organes de la conscience juridique de la nation; leur mission est d'interpréter les lois. Ce n'est pas à dire que le rôle de la science soit amoindri. Interpréter les lois, c'est en saisir l'esprit et l'essence; le jurisconsulte connaît mieux la loi que le législateur qui l'a faite. Celui-ci ne peut pas prévoir les difficultés qui se présenteront dans l'application; la jurisprudence les constate, et l'interprète les met en regard des textes. Ainsi se révèle l'insuffisance de la loi; la doctrine la signale, et prend ainsi une part décisive au développement progressif du droit; si les auteurs ne le font pas, ils le préparent.

36. Quelle que soit l'autorité que l'on reconnaisse à la doctrine, toujours est-il qu'elle ne peut être considérée comme une source du droit international positif. Quand même les jurisconsultes seraient les organes de la conscience nationale, il sera toujours très difficile, pour ne pas dire impossible, que le juge fonde ses décisions sur des systèmes qui sont contradictoires. Consulte-t-il les auteurs

(1) Zimmern, *Geschichte des römischen Privat-Rechts*, t. I, p. 55 et suiv.

français, il se trouvera engagé dans les incertitudes de la distinction des statuts réels, personnels et mixtes. Recourra-t-il aux légistes anglo-américains, il appliquera régulièrement la loi nationale, et il refusera toute autorité à la loi étrangère dès que les intérêts de sa nation en pourraient souffrir un préjudice. Les écrivains italiens, au contraire, lui diront qu'il doit toujours avoir égard à la loi personnelle, à moins que l'ordre public et les bonnes mœurs ne soient en cause. Si pour échapper à cette contrariété d'opinions, il s'adresse à la science allemande, il trouvera à peu près autant de systèmes que d'auteurs. Voilà une singulière conscience générale!

Si les lois, les coutumes et la doctrine font défaut au juge appelé à vider les contestations internationales, il ne reste que les traités. Les traités ont la même force que les lois; ils ont un caractère authentique et donnent par conséquent la certitude aux règles qu'ils établissent. Comme les nations ne reconnaissent point de pouvoir placé au-dessus d'elles, elles ne peuvent régler leurs relations privées comme leurs relations publiques que par des conventions. Les traités sont donc la voie régulière par laquelle le droit international privé doit se former; bien entendu que les traités, pas plus que les lois, ne créent le droit: elles le formulent et lui donnent la certitude, sans laquelle la justice est livrée à l'arbitraire du juge. Jusqu'ici cette source du droit international privé est peu abondante; les traités sont rares et ne prévoient que des difficultés particulières; telles sont les conventions qui ont pour objet l'abolition du droit d'aubaine, ou l'exécution des jugements étrangers; je ne parle pas des traités d'extradition, qui se rapportent à la justice criminelle, mes *Etudes* ne concernant que le droit civil. La rareté des traités s'explique. Il n'y a guère qu'un siècle que les diverses nations ont commencé à codifier leur droit; l'Allemagne n'a pas encore de code général, parce qu'elle est à peine arrivée à l'unité politique; l'Angleterre est toujours régie par un droit non écrit ainsi que l'Union américaine, et les divers Etats de l'Union ayant le pouvoir législatif en matière de droit privé, les codes qu'ils feront consacreront la diversité

du droit plutôt que l'unité. C'est la nécessité qui conduit à la codification. Or, cette nécessité ne se fait sentir, dans le domaine du droit international privé, que lorsque les relations entre les peuples ont pris une grande extension; c'est dire que jusqu'aux temps modernes le besoin d'un code international ne s'est point fait sentir. Mais le moment arrive où les contestations augmentent entre personnes appartenant à des nations différentes; dès lors les traités deviennent nécessaires pour établir des règles certaines. Il y a plus, les cas où les conflits entre les diverses législations sont insolubles vont en augmentant; ces difficultés ne pourront être tranchées que par des traités. J'y reviendrai dans le cours de ces Etudes; pour le moment, je me bornerai à citer quelques exemples.

D'après le code Napoléon (art. 10), l'enfant né en Angleterre d'un Français est Français, tandis que, d'après les lois anglaises, il est Anglais. Quel sera son statut personnel? Il a deux patries, il aura donc deux statuts; si la question de son statut se présente en Angleterre, on lui appliquera la loi anglaise, et si elle se présente en France, on lui appliquera la loi française. Voilà un conflit qui ne pourra être vidé que par des traités.

Un Français ayant des enfants se fait naturaliser en Espagne; il devient Espagnol, tandis que ses enfants restent Français; donc son statut personnel sera la loi espagnole, et celui de ses enfants la loi française. Par quelle loi sera régie la puissance paternelle? On ne le sait (1).

Les traités sont nécessaires non seulement pour vider les conflits entre des lois contraires, mais encore pour donner de la publicité aux faits juridiques qui font naître des collisions. Un étranger est interdit par un jugement rendu à l'étranger. Il contracte en France : sa loi personnelle le suit, il est incapable. Mais comment les Français qui traitent avec lui peuvent-ils connaître son incapacité? On a fait la même objection contre toute application du droit étranger. Les lois ne deviennent obligatoires que par leur publication, parce qu'il est injuste que les hommes

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. I, p. 127, n° 86.

soient liés par des lois dont ils ignorent l'existence. Or, les lois étrangères ne reçoivent aucune publicité en dehors des pays où elles sont portées; elles sont écrites dans une langue que l'on ne comprend pas au delà des frontières; et néanmoins elles seront appliquées à ceux qui ne peuvent pas les connaître! L'iniquité est flagrante. Les traités seuls y porteront remède en consacrant les principes de droit international qui seront portés à la connaissance de tous par la publication; et ces traités ordonneront également de rendre publics à l'étranger les faits juridiques qui concernent les relations internationales.

Je dirai, dans la suite de ces Etudes, que l'Italie, sur la proposition de Mancini, a noué des négociations avec la France, l'Allemagne et la Belgique, pour arriver à la conclusion d'un traité qui établirait les principes fondamentaux du droit international privé. Mancini fut chargé d'une mission spéciale, afin d'activer ces négociations. Glorieuse initiative et glorieuse mission! Mancini a ouvert une ère nouvelle de la diplomatie; il est le premier ambassadeur qui ait négocié, non dans l'intérêt de son pays, comme font les diplomates, mais dans l'intérêt de l'humanité. Je suis heureux de constater que Mancini reçut un excellent accueil en Belgique, auprès du ministre de la justice, M. Bara; il en fut de même en Allemagne, chez M. de Bismarck. En France, au contraire, les ministres de l'empire, Rouher, Baroche lui opposèrent bien des difficultés; Mancini en dit la raison dans un discours qu'il prononça au sein de la chambre des députés d'Italie, c'est que la jurisprudence française est une de celles qui témoignent le moins de faveur et de générosité à l'étranger (1). Ce n'est pas là le génie de la France de 89; maintenant qu'elle a repris possession d'elle-même, elle reviendra à cette glorieuse tradition. Mais les travaux pacifiques demandent une paix profonde, et l'horizon est toujours couvert de nuages menaçants. Je raconterai, dans l'étude sur l'histoire du droit international privé, les négociations

(1) Discorso e Proposito del Deputato Mancini sugli arbitrati internazionali (24 novembre 1873). Roma, 1873, p. 17-19.

dont l'Italie a pris l'initiative, ainsi que celles que le gouvernement des Pays-Bas a entamées (1). Jusqu'ici elles n'ont pas abouti; peut-être sont-elles prématurées, parce que les esprits ne sont pas suffisamment préparés. Je vais dire comment les générations futures doivent être initiées aux idées nouvelles.

§ IV. — *La science et l'enseignement.*

37. La science du droit international n'est pas une source directe du droit positif; elle ne l'est, en principe, pour aucune partie du droit. Tout droit est essentiellement positif, en tant que le juge doit l'appliquer; c'est une règle obligatoire; or, le jurisconsulte n'a pas qualité pour créer des règles qui obligent non seulement les particuliers, mais encore le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif. Cela ne se conçoit même pas dans les États constitutionnels, qui reposent sur la division des pouvoirs. En effet, les juges aussi sont des jurisconsultes qui prennent une part considérable au développement scientifique du droit : que l'on songe à l'autorité de la jurisprudence! Si l'on reconnaissait à la science une influence législative, il en résulterait cette conséquence que le juge ferait la loi en même temps qu'il l'applique, ce qui serait une hérésie constitutionnelle. Si le juge était législateur, il n'y aurait plus aucune garantie pour les citoyens; car le pouvoir sur la vie, la liberté, la fortune des citoyens serait arbitraire; les hommes ne sauraient plus par quelle loi ils sont régis, le juge pouvant dans chaque cause juger comme il le veut, sans être lié par des décisions antérieures, de sorte que ceux qui auraient traité en vue de la jurisprudence d'une cour se verraient trompés et lésés quand la jurisprudence viendrait à changer (2). Dans le système constitutionnel, la mission du juge, comme celle de tout jurisconsulte, est, non de faire le droit, mais de l'interpréter.

(1) Voyez le mémoire de M. de Herwynen, ministre des affaires étrangères des Pays-Bas (*Journal du droit international privé*, 1874, p. 159).
(2) Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, XI, 6. Comparez mes *Principes de droit civil*, t. I, p. 322, n°s 250 et 251.

Cela suppose qu'il existe un droit, soit loi, soit coutume. Or, je viens de dire qu'en matière de droit international privé, les lois sont rares ainsi que les coutumes. Le droit international se trouve encore à l'état de formation. Dans cet état de choses, la science a une autre mission que celle d'interpréter le droit; elle est appelée à préparer la loi, en comprenant sous le nom de lois les traités, ce qui est la forme propre au droit international. Pourquoi les anciens codes gardent-ils le silence sur le droit qui régit les rapports privés des nations? Parce que le droit international n'existait point, à raison de la rareté des relations entre personnes appartenant à des nations diverses. On ne sentait pas le besoin de règles. A mesure que les relations s'étendent, les difficultés deviennent plus nombreuses; la science s'en préoccupe, et là où les hommes de science ont une influence dans l'ordre politique, ils interviennent dans l'œuvre de la législation, et dans la conclusion de conventions internationales. C'est sous l'inspiration de Mancini que le législateur italien a écrit dans le code civil d'Italie les principes fondamentaux du droit international privé; c'est encore sur sa proposition que le gouvernement italien a entamé des négociations avec la France, l'Allemagne et la Belgique; enfin c'est Mancini qui a inauguré la nouvelle diplomatie, en lui donnant comme idéal de constituer la société du genre humain, dans l'ordre des rapports d'intérêt privé.

38. La mission de la science est grande, et la première initiative qu'elle a prise est glorieuse. Reste à savoir comment elle la remplira. Avant tout elle doit rechercher et formuler les principes qui sont les fondements de la science nouvelle. Où les trouvera-t-elle? Bien que le droit international ne soit encore qu'à l'état de formation, il a déjà un passé de plusieurs siècles; ses premiers essais datent de la renaissance du droit en Italie. En proclamant qu'il y a des statuts personnels, les glossateurs inaugurèrent notre science, que la réalité absolue des coutumes rendait inutile. L'époque statutaire se prolonge jusqu'au dix-neuvième siècle : c'est une lutte entre la personnalité et la réalité de la loi. Un nouvel élément s'est fait jour

dans les temps modernes; des nations sont sorties de leur tombeau séculaire; on les croyait mortes, elles sont ressuscitées: la Grèce d'abord, puis la Belgique, l'Italie et l'Allemagne. De là le principe de nationalité qui se confond avec la personnalité. La révolution est à son terme et elle est complète. Au moyen âge, on disait que les coutumes sont réelles; le code italien dit, au contraire, que les lois sont personnelles, que la personnalité est l'expression de la nationalité et, comme telle, inséparable de l'individu qu'elle suit partout dans toutes ses relations privées. Ces évolutions sont-elles un fait purement accidentel? ou obéissent-elles à une loi qui préside à leur développement, alors même que les hommes n'en auraient pas conscience? L'histoire a été longtemps considérée comme une succession de faits sans moralité, et quand on s'enquérait de la raison des choses, on arrivait trop souvent à la conclusion désespérante, que Sa Majesté le hasard, comme dit Frédéric II, gouverne le monde. C'était dire que les hommes sont le jouet d'une aveugle fatalité. S'il en était ainsi, il ne pourrait plus être question de science, car la science suppose qu'il y a une raison des choses, et que c'est la pensée qui gouverne le monde. Les faits qui semblent l'œuvre d'une puissance fatale sont, au contraire, la manifestation de l'idée. Ainsi considérée, l'histoire nous révèle la loi qui régit l'humanité sous toutes ses faces, la loi du progrès et celle du gouvernement providentiel. Le droit obéit à cette loi, comme tous les éléments de la vie humaine. Est-il besoin d'insister pour le démontrer? Les faits sont éclatants comme la lumière du jour.

Au berceau des peuples, règnent la barbarie et la guerre de tous contre tous; dans cet état social, l'étranger est un ennemi et, comme tel, sans droit. Après de longs siècles de travaux et de souffrances, la barbarie fait place à la civilisation. Ouvrez le code italien, vous y lirez que l'étranger jouit des mêmes droits que l'indigène; il n'y a plus d'étrangers, tous les hommes sont frères. Qui oserait nier le progrès? Tant que l'étranger est sans droit, il ne saurait être question de principes qui régissent les rapports

entre les nations. Au moyen âge, naît l'idée de personnalité, l'esclave lui-même devient une personne; les futures nationalités se préparent dans les seigneuries féodales, mais chaque baron entend être roi dans sa baronnie; il exclut avec une âpre jalousie toute loi étrangère, c'est la loi de sa terre qui domine tout : les coutumes sont réelles. Au moment même où la terre semble absorber la personne, la personnalité humaine se fait jour, et elle lutte jusqu'à ce qu'elle ait conquis la place qui lui appartient. Le code italien la lui assure en déclarant que toute loi est personnelle, sauf celles qui concernent l'ordre public et les bonnes mœurs. Voilà encore un progrès éclatant comme le soleil. Il s'est réalisé sous une inspiration qui vient de Dieu, et que nous appelons gouvernement providentiel. C'est Dieu dans l'histoire. Et si Dieu est dans la vie générale de l'humanité, il doit être dans chaque face de la vie humaine; nous vivons en Dieu, sans lui nous ne vivrions pas, car il est le principe de toute vie. Le droit obéit donc à une loi universelle, et c'est l'histoire qui nous la révèle. Ainsi considérée, l'histoire n'est plus un cabinet de curiosités plus ou moins vaines et inutiles : c'est la révélation permanente de la loi qui régit tous les éléments de l'activité humaine. Elle nous révèle aussi le principe de notre science : l'homme jouit partout des droits privés, et il en jouit d'après la loi nationale qui constitue sa personnalité.

39. L'histoire est la manifestation de l'idée divine. C'est dire que l'humanité a un idéal vers lequel elle marche, sous la main de Dieu, et ce qui est vrai de la vie générale, l'est aussi des diverses faces de la vie, donc du droit. Il importe que la science sache quel est son idéal, afin qu'elle avance d'un pas assuré vers le but auquel elle tend. Quel est l'idéal qui doit inspirer la science du droit international privé? On a dit que c'est l'unité, en ce sens qu'il y aurait un droit humain, le même pour toute l'humanité. Il faut s'entendre. Si l'on entend par unité l'unité absolue, l'idéal est faux : c'est l'utopie de la monarchie universelle que les conquérants ont ambitionnée, et que des philosophes ont rêvée. L'unité sous cette forme est plus qu'une utopie, c'est une impossibilité; le peuple-roi, qui l'a réalisée dans

les limites du possible, y a perdu la liberté et la moralité, et sa domination a abouti à une honteuse décadence. Cependant l'unité a un si puissant attrait, que la monarchie universelle est restée l'idéal des poëtes et des penseurs, tels que Dante et Leibnitz (1), et aujourd'hui encore elle trouve des partisans. Bluntschli, l'illustre professeur de Heidelberg, dit que la vie de l'humanité révèle une tendance invincible vers l'unité : si elle s'est réalisée au sein des diverses nations, elle doit se réaliser aussi au sein du genre humain. Il y a un lien de droit entre les peuples comme entre les individus; or, le droit ne peut régner entre les nations que si elles font partie d'un corps politique qui embrasse l'humanité entière (2). Si cette organisation était possible, le problème du droit international privé serait résolu; pour mieux dire, les conflits n'existeraient plus : il y aurait un législateur dont l'autorité s'étendrait sur toutes les nations, et partant une loi universelle.

L'idée, en la supposant réalisable, s'adresse à un lointain avenir, et le droit a pour objet de régler les relations entre les peuples tels qu'ils sont constitués. Il est certain que, même dans l'état actuel de l'humanité, l'unité du droit est possible, en ce qui concerne les rapports d'intérêt privé. Le droit civil peut être le même, bien que le droit politique diffère. Mais il faut s'entendre sur le caractère de cette unité du droit privé. On a cité des paroles de Cicéron, qui semblent prophétiser un avenir où il n'y aura plus qu'une seule loi éternelle et immuable pour toutes les nations et pour tous les temps (3). Ainsi conçue, l'unité du droit n'est qu'un rêve. L'éternité et l'immutabilité n'appartiennent qu'à Dieu; l'homme ne possédera jamais la vérité absolue, sa mission est de la chercher et de la réaliser dans la limite de son imperfection : c'est dire qu'il doit renoncer à la chimère d'une loi éternelle et im-

(1) Voyez mes *Études sur l'histoire de l'humanité*, t. VI (*La Papauté et l'Empire*).
(2) Bluntschli, *Allgemeines Staatsrecht*, t. I, p. 26-36.
(3) « Nec erit alia lex Romæ, alia Athenis; alia nunc, alia posthac, sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit » (*De Republica*, III, 22).

muable. Même abstraction faite d'une perfection imaginaire, l'unité absolue du droit est encore une chimère. On a contesté le principe de nationalité, mais on ne saurait contester la diversité physique des races, et les variétés intellectuelles et morales qui en résultent. Et, au sein de la même race, quelle différence entre les diverses tribus de la famille indo-germanique! Dire que la même loi régira les peuples du Nord de l'Europe, et les habitants de l'Inde, c'est dire que la vie physique, intellectuelle et morale est la même dans nos froids climats et sous le ciel brûlant du Midi. L'unité de droit est en opposition avec l'idée de nationalité. S'il est vrai que les nations procèdent de Dieu, c'est qu'elles tiennent de Dieu les caractères essentiels qui les distinguent, ce qui implique aussi un droit divers, puisque le droit est l'expression de la vie. Le droit variera donc toujours d'après la diversité des nations (1), et par suite les conflits entre les législations diverses subsisteront.

Cela n'empêche pas qu'il y ait un élément d'unité dans la vie humaine, et par conséquent dans le droit. Il y a dans toute la création un élément d'unité et un élément de diversité, qui sont également légitimes, puisqu'ils procèdent de Celui qui a créé l'humanité et les nations. L'idéal est l'harmonie entre ces principes, et non l'absorption de l'un au profit de l'autre (2). Où est la limite du droit un et divers? Il est impossible de la fixer. On peut dire que, dans les choses essentielles, l'unité doit régner; le droit est l'expression de la justice, et la justice est un rayon de la vérité, laquelle ne saurait varier d'après les conditions diverses de la vie intellectuelle et morale. Le droit tend donc à devenir un, comme l'humanité est une, la propriété, la famille doivent reposer sur les mêmes bases; cela est du moins dans le domaine des choses possibles, et ce qui peut se faire doit se faire pour que le

(1) C'est l'avis presque unanime des auteurs. Il est inutile de citer tous les témoignages. Voyez Filangieri, *Scienza della legislazione*, t. I, libro I. Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 1 et suiv. (1869).

(2) Mancini, *Rapport fait à l'Institut de droit international* (Journal du droit international, 1874, p. 224-226). Esperson, *Il principio di nazionalita*, p. IV-VI.

droit règne dans les relations internationales. On a remarqué que les caractères nationaux tendent à s'effacer, au moins dans ce qu'ils ont de plus anguleux; ce qui prépare la voie à un droit commun. A mesure que les hommes se rapprochent et se confondent, bien des préjugés s'évanouissent. Or, ce sont les préjugés nationaux et religieux qui forment le grand obstacle à l'établissement d'une justice universelle. Comment les nations s'entendraient-elles sur les effets du divorce, tant que les unes le flétrissent comme une violation des lois de Dieu, tandis que les autres considèrent l'indissolubilité du mariage comme une atteinte portée à la liberté humaine? L'opposition subsistera tant qu'il y aura une religion qui défend le divorce au nom de Dieu; mais l'opposition finira par perdre le caractère hostile qu'elle a maintenant : la vie commune des catholiques et des protestants a déjà affaibli bien des aspérités. Pourquoi le catholique ne reconnaîtrait-il pas ce qu'il y a de légitime dans la revendication de la liberté humaine? Et pourquoi le protestant ne respecterait-il pas une croyance qui, après tout, ne fait qu'exagérer une vérité que tout le monde reconnaît, celle de la perpétuité du lien conjugal? Quand les peuples seront arrivés à cette tolérance réciproque, il leur sera facile de s'entendre sur des principes qui permettent au juge de vider le conflit entre des lois contraires.

Ici est le véritable terrain du droit civil international, et l'unité qu'il doit réaliser entre les hommes. Burke, dans ses Pensées sur la Révolution française, dit que la *justice* est l'*intérêt commun* de tout le genre humain. Voilà le lien qui forme la base du droit international privé. La justice est plus qu'un *intérêt*, c'est un *droit* et un *devoir*. Donc tous les mobiles qui dirigent et inspirent les actions des hommes se réunissent pour assurer à chacun l'exercice de ses droits privés dans le monde entier. Ceci n'est plus une utopie. On ne touche à aucun élément essentiel de la création; loin de méconnaître l'unité, on cherche à la réaliser dans le domaine des droits de famille et de propriété; on respecte aussi l'individualité nationale, puisqu'il s'agit précisément de conserver le principe de nationalité, en

assurant les droits de la personnalité humaine. Les lois resteront diverses, mais les nations s'entendront sur les principes d'après lesquels seront vidés les conflits qui résultent de la diversité des législations. Que, dans tel pays, la majorité soit fixée à vingt et un ans, et dans tel autre à vingt-cinq, rien de plus légitime, puisque la majorité doit varier d'après les conditions physiques, intellectuelles, morales et politiques de chaque peuple ; mais tous les peuples peuvent convenir que l'homme majeur et capable d'après sa loi nationale, le sera aussi à l'étranger, tandis que celui qui est mineur et incapable y sera frappé d'incapacité. Dès que la personnalité humaine sera respectée partout et que les droits qu'elle tient de sa loi nationale seront partout garantis, la justice régnera dans le monde entier, en ce qui concerne les droits privés ; alors on pourra dire avec Lawrence, qui a bien voulu emprunter mes paroles : « Les traités réaliseront l'empire de la justice universelle entre les peuples, au moins dans le domaine des intérêts privés (1). »

40. J'ai ajouté que la science préparera les traités. Les essais de négociations ont échoué jusqu'ici, et je crains qu'ils n'échouent encore. Il en est des traités comme des codes. Portalis dit qu'on ne les fait pas, mais qu'ils se font avec le temps. Qui sont les vrais auteurs du code Napoléon? Ce n'est pas le premier consul ni le conseil d'Etat, ce sont les jurisconsultes des trois derniers siècles, Charles Dumoulin en tête, puis Domat et Pothier ; le législateur s'est borné à formuler leur doctrine en articles de loi.

Ce travail de préparation est-il fait pour le droit international privé? Non, certes. Notre science vient à peine de naître, car les longs siècles qui nous séparent des glossateurs n'ont été qu'une époque de lutte, et on ne peut pas dire que la lutte ait cessé. Le champ reste donc ouvert à la science. C'est à elle de se montrer digne de la haute mission qui lui incombe.

(1) Lawrence, *Commentaire sur les Éléments de droit international de Wheaton*, t. III, p. 68. Comparez mes *Principes de droit civil*, t. I, p. 212, nº 140.

Un de nos hommes politiques a conçu, tout jeune encore, l'idée de fonder un *Institut de droit international*, composé de savants de toutes les nations. J'ai applaudi au projet de M. Rolin-Jaequemyns, et je lui ai promis mon concours; je viens tenir cette promesse. Dans mon opinion, l'*Institut* doit concentrer ses efforts sur le droit international privé; le droit des gens politique est encore relégué dans un très lointain avenir. La diplomatie n'écoute pas la voix de la science, elle ne connaît que les intérêts; j'écris ces lignes au moment où le congrès de Berlin signe la paix. Singulière paix qui ne fait qu'ajourner la lutte, et qui déguise mal l'âpre convoitise des grandes puissances! Là où domine l'intérêt dans tout son égoïsme, la science ne peut se faire entendre. Mais il y a un domaine sur lequel les travaux scientifiques pourront être accueillis même par une diplomatie intéressée. Les droits de propriété et de famille ne mettent pas en mouvement la jalousie des grandes puissances; c'est un terrain neutre, sur lequel un accord est possible. Mais le sol doit être préparé à recevoir la semence, sinon elle ne germe point. L'organisation de l'*Institut* se prête admirablement à ce travail de science. Il renferme dans son sein tous les hommes qui s'occupent du droit international. Qu'il ouvre une large enquête sur le conflit des lois, et que chacun de ses membres vienne déposer comme témoin de ce qui se passe dans son pays. Bien entendu qu'il ne suffit pas de constater les faits; il faut les soumettre à la critique de la science. La science doit éclairer les législations nationales, afin de les ramener à l'unité de principes, nécessaire pour établir le règne de la justice entre les peuples. Elle rencontrera sur son chemin bien des préjugés; elle doit les combattre, tout en respectant les susceptibilités nationales d'où ils procèdent. Je viens déposer comme témoin. Mes Etudes se rapportent au droit français, qui est celui de la Belgique. Je l'enseigne depuis quarante-quatre ans, et j'ai passé dix ans à écrire les *Principes de droit civil* qui ont fait l'objet constant de mon long professorat. C'est ma qualification pour donner un témoignage en connaissance de cause. Mais je n'entends pas faire plus; et à mon avis, le temps

n'est pas venu de faire davantage. Il y a eu des congrès animés d'une plus haute ambition : ils se proposaient de codifier le droit international. C'est vouloir construire un palais avant que les matériaux soient réunis (1). Ces tentatives doivent nécessairement échouer, parce qu'elles ne sont pas sérieuses. Que chacun apporte sa pierre pour le futur édifice. Quand l'enquête que je propose sera achevée, l'Institut de droit international pourra réunir les matériaux, combler les lacunes, et formuler les principes sur lesquels une entente serait possible. Alors on entrera dans la voie des négociations avec quelque espoir de succès.

41. La science suffira-t-elle à cette tâche? J'entends par science la doctrine des auteurs, appuyée sur la théorie et la jurisprudence. A mon avis, il faut encore une autre voie de propagande. C'est moins par les livres que les idées se propagent que par l'enseignement. Les livres qui traitent de matières spéciales ne sont lus que par des hommes spéciaux. Qui lit les traités de droit international privé? Les praticiens, avocats ou juges les consultent, pour le besoin de la cause, et quelques rares hommes de science les étudient. Le monde politique les ignore, et c'est cependant par l'intermédiaire de la diplomatie que les principes de droit international privé doivent être formulés. Comment veut-on que les législateurs et les hommes d'Etat prennent intérêt à une cause qui leur est inconnue? Il faut que l'enseignement vulgarise les idées de droit international en les répandant parmi les jeunes générations. Je ne parle pas seulement de l'enseignement universitaire, qui ne s'adresse qu'aux classes lettrées, c'est-à-dire à une très petite minorité; il faut que les principes généraux pénètrent dans toutes les couches de la société. Les nations sont souveraines, et qu'est-ce qu'une souveraineté exercée par l'ignorance? Les peuples ont leurs préjugés, leurs passions, qui à un moment donné peuvent

(1) Lawrence *sur Wheaton* dit très bien que la codification du droit international est, pour le moment, une œuvre impossible. Ce serait beaucoup si l'on parvenait à conclure des traités particuliers sur des objets spéciaux (t. III, p. 68 et 69).

bouleverser le monde. Comment espérer que les préjugés populaires et les mauvais instincts qui les nourrissent soient guéris, si l'on n'éclaire les générations naissantes? Dira-t-on que la presse est là pour exercer ce noble apostolat? Sans doute, mais la presse n'a point la science infuse, et l'on ne prêche bien que si l'on est maître de son sujet. C'est donc toujours à l'enseignement qu'il faut revenir. Il n'a pas seulement pour objet d'instruire, il doit éclairer les consciences, et allumer le feu sacré dans les âmes en les enflammant de l'ambition du beau et du bon.

Je suis peiné d'ajouter que la France et la Belgique se sont laissé devancer par l'Italie, l'Allemagne et les Pays-Bas : elles n'ont pas encore une chaire de droit international privé, et l'enseignement du droit des gens est à peu près nominal. Il faudrait une faculté des sciences politiques largement organisée (1); et comme des cours non obligatoires trouveraient difficilement des auditeurs, en Belgique au moins, la loi devrait exiger des diplômes politiques comme condition d'admissibilité à toute espèce de fonctions et d'emplois.

Hâtons-nous de compléter l'enseignement universitaire en créant, à l'exemple de la loi hollandaise de 1876, de nouvelles chaires, entre autres une chaire de droit international privé. Le ministère libéral y songe sérieusement : il a pour mission de répandre l'instruction à grands flots, c'est le premier des intérêts libéraux, en prenant le libéralisme dans sa haute et sa plus belle acception.

12. L'enseignement du droit international privé serait incomplet s'il n'avait pour appui un cours de législation comparée. On a dit que la connaissance abstraite du droit international est indépendante de la connaissance des législations positives, et que celui qui ne connaîtrait aucune loi étrangère, pourrait néanmoins décider, en cas de conflit des deux lois, laquelle devrait être appliquée (2). Je

(1) On vient d'organiser, en Belgique, un enseignement politique et administratif, lequel comprend un cours de droit des gens; mais il n'y a point de chaire spéciale pour le droit international privé. L'Université de Gand a proposé d'en créer une.

(2) Demangeat, dans l'*Introduction* du Journal du droit international privé (1874, p. 8).

crois qu'une science abstraite n'aurait aucun fondement solide. Dans le système des statuts, qui est celui du code Napoléon, il y a des débats sans fin sur la personnalité et la réalité des lois; pour apprécier si une loi est personnelle, il ne suffit point de connaître le droit français, il faut connaître aussi le droit étranger, car il s'agit de savoir si le droit de l'étranger est une loi personnelle Et cette connaissance des lois étrangères ne doit pas s'arrêter à la surface des choses; il faut qu'elle pénètre dans les profondeurs de l'esprit national, pour que l'on puisse juger si une loi est nationale, c'est-à-dire personnelle. Il ne suffit pas du premier manuel venu. J'avoue que je n'ai pas vu sans étonnement les meilleurs légistes de l'étranger citer, en parlant du droit français, les ouvrages les plus médiocres, des ouvrages que l'on n'invoque ni au barreau, ni dans la doctrine. Westlake, Lawrence ne semblent connaître le droit français que par la mince compilation de Rogron (1), que l'on ne trouve plus en Belgique que dans les études des notaires de campagne. Field cite Boileux (2), encore un de ces ouvrages qui sont faits à l'usage de ceux qui ne veulent pas faire du droit une étude sérieuse. On voit qu'en Angleterre et aux Etats-Unis, les jurisconsultes ignorent la littérature du droit civil français; de là vient qu'au lieu de consulter les maîtres, ils consultent des écrivains qui n'ont aucune autorité.

Rien n'est plus difficile que la connaissance des lois étrangères. La première difficulté que l'on rencontre est précisément celle des sources. Il y a des catalogues juridiques, mais comment savoir quels sont, dans cette nombreuse nomenclature, les ouvrages qui ont une valeur scientifique, quels sont ceux qui n'ont qu'une valeur mercantile? Les publications périodiques rendent compte des livres nouveaux qui paraissent, mais, il faut l'avouer, la critique et l'éloge ne sont pas toujours sérieux, et les éloges parfois sont très peu mérités. Je ne vois qu'un remède au mal : des cours de législation comparée. Ces

(1) Westlake, *A treatise on private international law*, p. 17 et suiv. Lawrence, *Commentaire sur Wheaton*, t. III, p. 77, note 3.
(2) Field, *Outlines of an international Code*, p. 130.

cours, cela va sans dire, devraient être donnés, non pour des auditeurs qui veulent se distraire, et pour lesquels des leçons publiques sont un passe-temps agréable, mais pour des hommes sérieux, et avant tout pour les élèves des écoles. L'enseignement aboutirait à des ouvrages scientifiques, qui font défaut. Vainement on publie les lois étrangères, cela ne suffit point. Le code Napoléon se trouve partout, et il est traduit dans toutes les langues; est-ce à dire que la lecture du code civil suffise pour connaître le droit français?

Les lacunes que je signale dans notre science sont grandes, et je n'ai pas la prétention de les combler. J'apporte ma pierre pour la construction du futur édifice. Ce sont des Etudes que j'offre au lecteur, et je le prie de croire que la modestie n'est pas seulement dans le titre. Il s'agit d'une science nouvelle, et bien téméraire serait celui qui aurait l'ambition de dire le dernier mot d'une science qui est encore en voie de formation! Cette ambition, en tout cas, n'est pas la mienne.

PREMIÈRE PARTIE

HISTOIRE DU DROIT CIVIL INTERNATIONAL

SOURCES.

Il n'existe pas d'histoire du droit civil international. C'est l'excuse des imperfections que l'on trouvera dans premier essai. Je n'ai pas eu l'ambition d'écrire une stoire complète de toutes les doctrines et de toutes les is. Ce travail exigerait toute une vie, et la mienne touche sa fin.

J'ajoute que, dans mon opinion, une histoire complète rait peu profitable à notre science. L'histoire du droit e doit pas être un recueil de tout ce qui a été dit et fait; le doit expliquer le présent et éclairer l'avenir en monant la voie dans laquelle il faut marcher pour continuer uvre sans fin du progrès scientifique.

Il y a des notions historiques dans la plupart des uvrages qui traitent du droit civil international.

WHEATON, *International law;* London, 1866, 8e édition et *Histoire des progrès du droit des gens.*

LAWRENCE. *Commentaire sur Wheaton. Éléments de droit international*, et sur l'*Histoire des progrès du droit des gens*, 1868, 3 vol.

STORY, *Commentaries on the conflict of laws*, 7e édit., Boston, 1872, cite énormément, mais sans distinguer les diverses écoles. De là une confusion qui prouve combien l'histoire est nécessaire.

WHARTON (*Treatise on the conflict of laws*, 1 vol. in-8°. Philadelphia, 1872) a exposé les traits généraux de l'histoire du droit international privé dans un *Appendix*. Il a consacré une étude spéciale à la science allemande.

Les Italiens nous doivent une histoire des glossateurs; l'école de Bologne est une des gloires de l'Italie, et les matériaux abondent dans ses riches bibliothèques, tandis qu'ils sont rares chez nous. L'histoire que la science attend n'est pas celle que Savigny a écrite : des notions littéraires ne sont que des matériaux; il faudra un architecte pour construire l'édifice, et pour mettre en évidence le développement progressif des idées.

ESPERSON a écrit une brochure sur le *Movimento giuridico in Italia e nel Belgio sul diritto internazionale privato*. La brochure prouve que les Italiens ne restent étrangers à aucune publication scientifique; ils nous font honte de notre ignorance des choses étrangères.

Il y a quelques pages sur l'histoire de notre science dans les traités de droit international de *Lomonaco* et de *Fiore*, de *Fœlix* et de *Brocher*.

LOMONACO, *Trattato di diritto civile internationale*, 1 vol. 1874.

FIORE, *Diritto internazionale privato*, 1 vol. in-12, 1869.

FŒLIX, *Traité de droit international privé*, 4e édit., revue par DEMANGEAT, 2 vol., 1866.

BROCHER, *Nouveau Traité de droit international privé*, 1876.

Les écrivains allemands aiment l'histoire.

Bar (*Das internationale Privatrecht*, 1 vol. in-8°, 1862) donne des notions historiques à peu près complètes. Pour épuiser la matière, il faudrait des monographies, comme celle de

Wæchter, *Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten* (*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXIV et XXV).

Ce travail est un chef-d'œuvre. Il faudrait des monographies analogues sur les légistes français, belges, hollandais, anglais, américains. Je recommande ces études à nos jeunes docteurs en droit.

J'indiquerai, en note, les auteurs anciens et modernes dont je parle dans cette Esquisse historique. Tels sont notamment : Dumoulin (Molinæus), d'Argentré, Guy Coquille, Boullenois, Froland, Bouhier, Bourgoingne (Burgundus), Stockmans, Rodenburg, les deux Voet.

CHAPITRE PREMIER.

L'ANTIQUITÉ.

---

§ Ier. *L'histoire de l'humanité et l'histoire du droit.*

N° 1. DIEU ET L'HOMME.

13. L'histoire du droit est négligée en France et en Belgique. Dans les universités belges, elle ne fait pas même l'objet d'un enseignement spécial. Il n'y a que l'histoire du droit romain qui soit enseignée dans un même cours avec les Institutes. De là une étrange anomalie : nos élèves savent ce qui se passait à Rome du temps des XII Tables, et ils n'ont aucune notion des coutumes ; ils

connaissent à peine de nom les grands jurisconsultes aux quels nous devons le code civil. La lacune est évidente, e malheureusement elle influe sur la science. Nos meilleur auteurs disent à peine un mot de l'histoire du droit fran çais. Troplong seul fait exception. Il n'en est pas d même en Allemagne : les jurisconsultes allemands n comprennent point l'étude du droit séparée de l'histoire; ou peut même leur reprocher, du moins à l'école histo rique, d'attacher une importance excessive aux moindres détails du passé, ce qui fait dégénérer l'histoire du droit en un cabinet d'antiquités et presque de curiosités. Si nos voisins pèchent par excès de science, on pourrait nous faire un reproche tout contraire. Il m'a semblé que le droit international privé, moins que toute autre partie du droit, peut se passer d'une introduction historique; pour mieux dire, l'histoire y doit avoir la première place. Notre science n'existe pas encore, elle est à l'état de for mation; donc il faut exposer avant tout ce qui a été fai dans ce domaine: cela nous fera mieux comprendre ce qu reste à faire. Ainsi considérée, l'histoire du passé éclai rera l'avenir.

44. Le droit est une face de la vie, et l'une des plu importantes. Il faut donc envisager l'histoire du droi comme une partie de l'histoire générale de l'humanité. La vie est une, et la loi qui la régit est identique pour toute ses manifestations. Quelle est la loi qui préside au déve loppement de la vie humaine? Les philosophes du dix-hui tième siècle l'ont mise en évidence, c'est la loi du progrès l'histoire n'est autre chose que le développement progressi de l'humanité. Comment le progrès s'accomplit-il? L'homm est l'artisan de sa destinée; il en est de même des peuples C'est par les efforts réunis de tous, que le genre humai avance progressivement vers le terme de son existence Est-ce à dire que les nations soient le seul acteur qu figure dans le grand drame qui se déroule depuis des siè cles sous les yeux de l'histoire? Non, il y a encore un autre acteur, c'est Dieu. On lit dans l'Ecriture sainte qu l'homme dispose ses voies, mais que Dieu conduit se pas. Ecoutons le magnifique commentaire que Bossuet fai

de ces paroles : « On a beau compasser dans son esprit tous ses discours et tous ses desseins, l'occasion apporte toujours je ne sais quoi d'imprévu; *en sorte qu'on dit et qu'on fait toujours plus ou moins qu'on ne pensait*. Et cet endroit inconnu à l'homme dans ses propres actions, c'est l'endroit par où Dieu agit, et le ressort qu'il remue. S'il gouverne de cette sorte les hommes en particulier, à plus forte raison les gouverne-t-il en corps d'Etat et de royaume (1). »

Dira-t-on que cette intervention constante de Dieu dans les affaires humaines détruit la liberté de l'homme? On pourrait faire ce reproche à Bossuet; il exalte tellement la puissance divine qu'il ne reste plus de place à la liberté humaine : Dieu fait tout, et il voit, dès l'éternité, tout ce qu'il fait (2). Dans la doctrine que je n'ai cessé de professer, la liberté est sauve. Si le gouvernement providentiel éclate à toutes les pages de l'histoire, la liberté s'y montre avec une évidence égale. Ces deux faits coexistent, il faut donc les accepter, quand même il est difficile de les concilier (3). On peut dire que le gouvernement de Dieu est une éducation, or le maître n'entend pas détruire la liberté de son élève, ce serait anéantir son individualité; il veut développer ses facultés, et le guider dans l'usage qu'il en fait. La liberté est une de nos facultés, et elle grandit avec notre raison; c'est à peine si l'on peut dire que l'enfant est libre, mais il le devient tous les jours davantage. Il en est de même des peuples. Dans leur enfance surtout, il est vrai qu'ils font toujours plus ou moins qu'ils ne pensaient. C'est qu'ils n'ont pas encore conscience de leur destinée; à mesure que cette conscience s'éveille et se développe, la liberté s'étend. Le dernier terme de notre perfectionnement, l'idéal vers lequel les hommes avancent lentement,

(1) Bossuet, *Politique tirée de l'Ecriture sainte*, livre VII (Œuvres, t. IX, p. 502).

(2) Bossuet, Oraison funèbre de Louis de Bourbon (Œuvres, t. VII, p. 756). Comparez mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. XVIII, *Philosophie de l'histoire*, p. 71-75.

(3) Ch. Dumoulin, le grand jurisconsulte, dit très bien : « Rien n'est *fortuit*, au point de vue de Dieu, rien n'est *nécessaire*, rien n'est *fatal*. » (Commentaire sur la coutume de Paris, titre I, *Des Fiefs*. Œuvres, t. I, p. 133, n° 20).

c'est qu'ils fassent ce que Dieu veut. Et comment peuvent-ils connaître la volonté divine? Dieu révèle ses desseins dans l'histoire.

45. L'histoire, dit un profond penseur, est une théodicée, et elle est la justification de Dieu. Il y a un dessein de Dieu dans la vie de l'humanité; la providence le poursuit, non en se mettant à la place des hommes, non en détruisant leur liberté, mais en faisant servir leurs intérêts particuliers et leurs passions égoïstes au bien général. En ce sens Hegel dit que l'histoire justifie Dieu : sa providence se manifeste dans la vie de l'humanité; non seulement rien ne se fait sans Dieu, mais tout ce qui se fait est son œuvre (1). Dieu n'a pas besoin de justification, mais l'homme a besoin de croire en sa providence; la conviction que Dieu le guide et l'inspire quand il obéit à sa conscience, est pour lui une force et une consolation. L'homme pense et agit sous la main de Dieu, il n'est plus le jouet de l'aveugle hasard. Il n'y a point de hasard dans le gouvernement des choses humaines, la fortune est un mot vide de sens. C'est l'aveu de notre ignorance. Avec la foi en Dieu, l'ignorance se dissipe. Tout est sagesse dans le monde, et l'homme concourt à cette œuvre. Si l'histoire est la manifestation de l'idée divine, elle est aussi le développement de la liberté humaine : elle nous révèle l'union intime de Dieu et de l'homme.

46. Je dis que la doctrine du gouvernement providentiel est une force et une consolation pour la libre activité de l'homme. Les faits sont toujours à une immense distance de l'idéal. Si nous n'avions la conviction que, malgré l'apparence contraire, le genre humain marche progressivement vers la réalisation de l'idéal divin, il y aurait de quoi désespérer du présent et de l'avenir. Il en est surtout ainsi sur le terrain du droit international. Le droit des nationalités est la base de notre science. Et que se passe-t-il sous nos yeux? Des flots de sang ont été versés; si la guerre d'Orient avait une raison d'être,

(1) Hegel, *Philosophie der Geschichte*, p. 12-17, 547 (2e édition). Comparez ma *Philosophie de l'histoire*, p. 169 et suiv. (T. XVIII des *Etudes sur l'histoire de l'humanité*.)

pas la violence. Cela ne veut pas dire que le droit prendra la place de la force, sans le concours de la liberté humaine, et par la seule puissance de Dieu. Non, Dieu a donné pour loi aux hommes de s'aider eux-mêmes ; il leur a donné comme idéal de faire ce que Lui veut dans sa sagesse infinie. Les hommes ne sont pas un instrument inerte dans les mains de la Providence, ils participent à son œuvre, et leur part devient plus grande à mesure que leur intelligence se développe et que leur conscience s'éclaire. Malgré la barbarie qui règne encore dans les faits, l'idée du droit s'est fait jour au sein de l'humanité, et elle ne périra point : au droit appartient la victoire définitive. Le droit l'emportera du jour où il aura pénétré dans la conscience générale. C'est la mission de la science de le répandre, et il n'y en a pas de plus glorieuse. Elevons toujours la voix en faveur du droit, et soyons sûrs que nos paroles ne se perdront pas dans le désert : Dieu veille à ce que la semence tombe sur un terrain fertile pour y fructifier. Cette conviction nous donne le courage de lutter pour le droit. J'ai passé ma vie à étudier l'histoire et le droit; et j'ai trouvé Dieu dans l'histoire, à chaque page. Pour le moment, je suis le développement de l'idée du droit, dans une de ses faces; et je trouve le droit là où la violence semble régner en maîtresse souveraine. C'est cette consolante idée que je vais essayer d'appuyer sur les faits. L'histoire ainsi écrite ne sera plus un cabinet de curiosités n'ayant d'intérêt que pour les antiquaires : ce sera la démonstration de l'idée du droit se développant sous la main de Dieu. Si je parviens à communiquer cette persuasion à mes lecteurs, ils ne regretteront pas le long chemin qu'ils parcourront à ma suite.

N° 2. LE RÈGNE DE LA FORCE ET LE DROIT.

48. L'antiquité n'a pas connu le droit des gens, et elle n'avait aucune notion du droit international privé. Pour qu'il y ait un droit des gens, il faut qu'il existe un lien de droit entre les peuples; or, les anciens ne soupçonnaient pas que les diverses nations fussent unies par

une origine commune, ni qu'elles eussent des devoirs et des droits communs, dérivant de la nature même de l'homme et de l'humanité. La guerre était considérée comme l'état naturel des relations internationales, ce qui exclut toute idée de droit; le droit ne prenait naissance qu'en vertu d'une convention; en l'absence d'un traité, la force régnait, et on lui reconnaissait l'autorité du droit (1). Là où il n'y a pas de droit des gens, il ne saurait être question d'un droit international privé; car notre science suppose aussi l'existence d'un lien de droit entre tous les hommes, à quelque nation qu'ils appartiennent. La Grèce et Rome se sont trouvées dans des circonstances analogues à celles qui, au moyen âge et dans les temps modernes, firent naître des règles pour vider le conflit qui s'élève entre les législations différentes, quand des hommes de nationalité diverse entrent en relation. Pourquoi les Grecs ne songèrent-ils pas à établir des principes de droit civil international dans les traités qui communiquaient la jouissance des droits civils aux habitants des cités voisines? Et pourquoi les Romains, nos maîtres dans la science du droit, restèrent-ils étrangers au droit international privé, quoique, dans leur immense empire, il se trouvât une multitude de lois diverses? Il n'y a qu'une seule réponse à faire à ces questions : les anciens ne pouvaient connaître le droit des gens, soit public, soit privé, parce que les étrangers, nations et individus, étaient sans droit. L'esclavage, universellement admis, est l'expression brutale de cet état de choses. En ce sens, les jurisconsultes romains disaient que la servitude était consacrée par le droit des gens : singulier droit que celui qui détruit l'essence même du droit, la personnalité humaine! Cependant ces mêmes jurisconsultes reconnaissaient que la servitude est contraire à la nature (2). L'humanité moderne ne comprend plus qu'il y ait un droit contraire à la nature, et elle flétrit comme un crime l'institution que les Romains rapportaient au droit des gens.

(1) Heffter, *De antiquo jure gentium*, p. 3, sq. Platon. *De legibus*, I, 625, E.
(2) Florentinus, l. 4, § 1, D. I, 5 : « Servitus est *constitutio juris gentium*, qua quis dominio alieno *contra naturam* subjicitur. »

49. La force règne chez tous les peuples de l'antiquité, quel que soit leur état social. Les poëtes ont célébré les peuples pasteurs comme les plus justes des hommes (1). C'est une illusion de la poésie; les Nomadés sont les barbares par excellence; un historien chinois les a dépeints d'après nature : « Ils ne savent ce que c'est que la justice. Les plus forts choisissent dans les repas ce qu'il y a de meilleur et de plus gras; les vieillards mangent et boivent ce que les premiers ont laissé. Il n'y a de nobles parmi eux et de gens honorés que ceux qui ont plus de force et de courage que les autres, il n'y a de méprisés que les hommes faibles (2). » Les peuples pasteurs vivent dans des hostilités permanentes; leur droit de guerre ressemble à celui des sauvages de l'Amérique : « Les Scythes boivent le sang du premier homme qu'ils renversent, coupent les têtes à ceux qu'ils tuent dans les combats, et les présentent au roi; ils écorchent les ennemis, et suspendent la peau à la bride de leurs chevaux; ils sont estimés en proportion de ces affreux trophées (3). »

50. On comprend que la force ait régné dans toute sa brutalité chez les peuples barbares; mais on est disposé à croire que le droit et la justice étaient respectés dans les théocraties. La justice y est célébrée en effet, mais c'est le droit dont le bourreau est l'expression. « Otez du monde, dit de Maistre, cet agent incompréhensible; dans l'instant même, l'ordre fait place au chaos, les trônes s'abîment et la société disparaît. » Telle est aussi la doctrine des brâhmanes : « Le châtiment gouverne le genre humain. Si le roi ne châtiait pas sans relâche ceux qui méritent d'ête châtiés, les plus forts rôtiraient les plus faibles, comme des poissons, sur une broche (4). » C'est dire que la force est le lien unique de la société.

51. Montesquieu dit que l'histoire du commerce est celle de la communication dès peuples (5). Le commerce

(1) Homère, *Iliade*, XIII, 4-6. Horace, *Odes*, III, 24.
(2) Matouanlin, dans Rémusat, *Recherches sur les Tartares*, p. 5 et suiv.
(3) Hérodote, IV, 13, 62-66, 103.
(4) *Lois de Manou*, VII, 18, 20-24.
(5) *Esprit des lois*, XX, 2; XXI, 5.

est aujourd'hui pacifique de son essence, et il vit de justice. Par une illusion assez naturelle, un philosophe allemand fait honneur de ces sentiments aux Phéniciens; Herder les glorifie pour avoir répandu dans le monde entier les inventions les plus utiles, sans autres armes que celles de l'intelligence (1). En réalité, le commerce fut, dans le principe, une guerre, et la pire de toutes, une piraterie. Aussi haut que remonte la tradition, nous rencontrons les hardis navigateurs de Sidon et de Tyr, tantôt comme marchands, tantôt comme pirates; pour mieux dire, la piraterie et le commerce se confondaient. Ce que nous appelons aujourd'hui un brigandage n'avait rien de honteux dans les temps primitifs, âge de violence, où tout étranger était ennemi; c'était un commerce licite. C'est encore une illusion de croire que les colonies phéniciennes furent des établissements pacifiques; elles ont été fondées les armes à la main; les colons étaient des guerriers, comme les peuples conquérants de l'Asie (2). Partout nous trouvons le règne de la force.

52. Le droit du plus fort était la loi universelle du monde ancien. Une cité célèbre par son humanité, Athènes, professait le droit de la force. Rien de plus mémorable dans l'histoire de l'antiquité que la conférence des Athéniens avec les Méliens, pendant la funeste guerre du Péloponèse. Il faut, disaient les Athéniens, partir d'un principe universellement admis : « Les affaires se règlent entre les hommes par la loi de la *justice,* quand une *égale nécessité* les y oblige; mais ceux qui l'emportent en *puissance* font tout ce qui est en leur *pouvoir,* et c'est aux *faibles* à *céder*. Si les *dieux* dominent, c'est parce qu'ils sont *les plus forts;* il en est de même des hommes. Ce n'est pas nous qui avons établi cette loi; ce n'est pas nous qui, les premiers, l'avons appliquée; nous l'avons reçue toute faite, et nous la transmettons pour *toujours* aux temps à venir (3). »

(1) Herder, *Ideen zur Philosophie der Geschichte,* XII, 4.
(2) Voyez mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité,* t. I, p. 500, 504, 505, 543.
(3) Thucydide, V, 89, 103.

53. Il se trouva des philosophes qui élevèrent la domination de la force à la hauteur d'une doctrine philosophique. Les sophistes nous diront le dernier mot de l'antiquité : « Que l'on voie comment les choses se passent dans tous les Etats; partout c'est le plus fort qui gouverne et chacun fait des lois à son avantage : le peuple, des lois populaires : le monarque, des lois monarchiques, et ainsi des autres. Ce sont *ces règles émanées de la force* et établies pour l'utilité *des plus forts*, qui constituent la *justice*. Ainsi la *justice* et ce qui est *utile au plus fort* sont une seule et même chose. Si les hommes blâment l'*injustice*, ce n'est pas parce qu'ils craignent de la commettre, mais parce qu'ils craignent de la souffrir. Celui qui a le pouvoir d'être injuste impunément n'a garde de pratiquer la justice : ce serait folie de sa part (1). »

54. La profession ouverte du droit du plus fort a révolté un historien grec; Denys d'Halicarnasse dit qu'elle est digne de pirates et de brigands. Cependant, chose remarquable, lui-même proclame que les Romains ont le droit de régner sur le monde, parce qu'ils sont les plus forts (2). Tant il est vrai que les anciens n'avaient aucune notion du droit, et que, pour eux, la force était identique avec la justice. Nous protestons avec l'historien grec contre la doctrine de la force; et l'histoire est encore une plus éclatante protestation, en nous montrant que la violence est punie par la violence, et que le plus fort d'aujourd'hui trouve bientôt un plus fort que lui. Que le sort de la Grèce serve de leçon aux peuples! Il n'y en a pas qui fût mieux doué que la race hellénique; cependant elle périt, et elle périt, non par les victoires de Philippe et d'Alexandre, non par les conquêtes des Romains, mais par le vice intérieur qui la rongeait. Quel était ce vice? Le mépris du droit et le règne de la force.

55. Si nous protestons contre la doctrine de la force, c'est que le droit doit régner dans le monde; la justice est donc le premier devoir et pour les individus et pour les

(1) Platon, *De la république*, I, p. 338, 339, 334.
(2) Dionys. Halic., *De præcipuis histor.*, c. 39, et Antiq., I, 5.

peuples. Il reste à justifier Dieu, pour me servir de l'expression de Hegel. La guerre est un crime quand elle n'a d'autre cause que l'esprit de conquête, et la force qui règne dans l'intérieur des Etats en entraîne fatalement la dissolution. Néanmoins la guerre a eu, dans l'antiquité, une grande mission, celle d'associer les peuples sous les lois de Rome, et de préparer les voies au christianisme qui inaugure un nouvel âge de l'humanité, fondé sur la justice. Et quels sont les peuples qui dominent dans l'ère chrétienne? Ils s'appellent Barbares, et ils se glorifient de ce titre. Ce sont aussi des races guerrières, plus passionnées même pour la guerre que les Grecs et les Romains; et cependant ils apportent au monde le principe du droit dans sa plus haute expression, la personnalité. De là date le règne du droit, le règne de la liberté et de l'égalité. Mais il fallait aussi discipliner les Barbares, les soumettre au joug de l'Etat. Qui plia la fière indépendance des Germains sous l'empire d'une loi générale? Le droit. Et qui forgea cette chaîne sans laquelle il n'y a point de société possible? Rome, le peuple du droit tout ensemble et le peuple de la force. Comment la force et le droit se donnèrent-ils la main pour devenir l'un des éléments de la civilisation moderne? Ici se montre la main de Dieu. Au point de vue des hommes, de leurs passions, de leur liberté, il n'y a pas d'explication. C'est Dieu qui fit sortir le droit de la force. Qui a doué du génie juridique le peuple conquérant par excellence? Qui a transformé le droit étroit des anciens Romains en un droit universel, auquel, dans leur admration et leur reconnaissance, les peuples vaincus par Rome donnèrent le nom de raison écrite? Est-ce que par hasard les légions accomplirent ce miracle? et le sénat a-t-il fait la conquête du monde pour humaniser le droit et l'élargir? Toutes ces questions n'ont point de sens si l'on bannit Dieu de l'histoire. Dieu vit dans l'homme qu'il inspire, il vit dans l'humanité qu'il guide; on trouve sa main dans toutes les faces de l'activité humaine. Sa providence seule explique ce mystère : le règne de la force qui conduit au règne du droit. En ce sens, on peut justifier la force, mais c'est la justification de Dieu et non celle

des hommes. Comment Dieu se sert-il des passions des hommes pour les conduire vers le but de leur destinée? C'est le secret de sa providence : nous pouvons constater les faits qui l'attestent, mais l'être fini ne comprendra jamais l'action de l'être infini. Et nous n'avons pas besoin de la comprendre ; il suffit que nous sentions son influence bienfaisante dans l'intimité de notre conscience, et que l'histoire nous la révèle dans la marche progressive de l'humanité.

56. En constatant que l'antiquité reposait sur la force, j'ai dit la raison pour laquelle il ne pouvait y avoir de droit international chez les anciens, ni public ni privé. La force exclut le droit. Pour qu'il y ait un droit civil international, il faut que les étrangers jouissent des droits privés hors des limites de leur territoire, et qu'on leur permette d'invoquer leur loi nationale pour régler les droits qui tiennent à leur personnalité. Tant que les étrangers n'ont point de droits, il ne saurait y avoir une loi qui les régit. Alors même qu'on leur reconnaît certains droits, si on ne leur permet jamais d'invoquer leur loi personnelle, tout conflit devient impossible et partant il ne saurait être question d'un droit qui règle ces conflits et les vide.

Or, telle était la condition de l'étranger dans l'antiquité. L'Orient théocratique le traitait comme un être profane et impur ; tout contact avec lui était une souillure ; nulle relation civile n'était possible. Le Grecs méprisaient les Barbares, ils les plaçaient sur la même ligne que les esclaves, et l'esclave n'est pas un être capable de droit, c'est une machine. Pour les Romains, tout étranger était un ennemi ; en effet, convoitant la domination du monde, ils devaient voir des ennemis partout, et les ennemis ils les exterminaient, ou ils les asservissaient. S'ils leur laissaient quelques droits, c'était pour les associer successivement, jusqu'à ce que le moment vînt où tous les habitants de l'empire furent déclarés citoyens romains et furent régis par le droit de Rome. Voilà pourquoi l'idée d'un droit international privé ne put prendre naissance chez les anciens.

Est-ce à dire que l'on ne doive tenir aucun compte des longs siècles où la force a régné? Dans l'ordre politique, l'antiquité tendait à la monarchie universelle, et elle l'a réalisée dans les limites du possible : c'était l'unité par la force, l'unité absorbant toute vie individuelle, donc une fausse unité. Néanmoins c'était la manifestation d'un élément qui a sa vérité; l'humanité est une et elle doit arriver à se constituer dans l'unité. Le même mouvement se révèle dans l'ordre civil : il tendait aussi vers l'unité, et sous l'empire romain le droit fut effectivement un et le même dans tous les pays soumis à la domination de Rome, et l'empereur se disait le maître du monde. L'unité du droit privé a aussi sa légitimité; en tant qu'il est fondé sur la nature de l'homme, qui est partout la même, on ne conçoit pas qu'il varie d'un peuple à l'autre. Cela est si vrai que l'unité reste, en un certain sens, l'idéal du droit international privé; les diversités qui ne touchent point à l'essence de notre nature finiront par disparaître. C'est la seule unité à laquelle le genre humain puisse aspirer. Il restera des diversités particulières, résultant des caractères nationaux; celles-là sont ineffaçables, car les nations sont de Dieu, et en ce sens le droit ne cessera jamais de varier. Mais les conflits que la diversité des lois nationales engendre trouvent leur solution dans les principes qui font l'objet de notre science, et ces principes peuvent et doivent être ramenés à l'unité. C'est ainsi que le droit donnera satisfaction aux deux éléments que Dieu a répandus dans toute la création, l'unité et la diversité. Le principe de l'unité nous vient du monde ancien, où dominait la force, et c'est par la force, par la violence qu'il s'est réalisé. Et il importe de remarquer, dès maintenant, que c'est encore par la force que le principe de diversité s'est fait jour; ce sont des peuples, Barbares par excellence, qui l'inaugurent au début du monde moderne. C'est donc, en définitive, à la force que remontent les éléments fondamentaux de la science du droit civil international. Je ne demanderai plus s'il faut glorifier les conquérants et les Barbares comme les initiateurs du droit qui régit les nations. Non, les hommes de force et de violence ne vou-

laient que conquérir et dominer. C'est Dieu, source de toute justice, qui s'est servi des passions de la guerre et de la domination pour conduire le genre humain vers le but de ses destinées. L'histoire nous a révélé les desseins de la Providence, et dès que l'homme a conscience de sa mission, il doit la remplir; la conviction qu'il vit et agit sous la main de Dieu doublera ses forces, dans le rude travail de son perfectionnement. S'il n'arrivera jamais à la perfection, cela n'empêche pas qu'il trouve son bonheur dans la voie infinie qui s'ouvre devant lui : « Soyez parfaits comme votre Père dans les cieux. »

§ II. *Les peuples théocratiques. Les castes.*

57. Nous réclamons aujourd'hui un droit égal pour l'étranger et pour l'indigène. Au berceau des sociétés, l'égalité du droit n'existe pas même pour tous les membres de l'Etat. Les castes sont la négation radicale, éternelle de l'égalité. Il est probable que les castes inférieures de l'Inde se composaient des vaincus. La conquête a été, dans toute l'antiquité, une cause d'inégalité pour les peuples conquis. Dans l'Inde, sous l'influence du brâhmanisme, l'inégalité fut rapportée à Dieu, et par suite elle devint ineffaçable. Il n'y a entre les vainqueurs et les vaincus aucun rapport, ni de famille, ni de droit, ni d'humanité. L'alliance avec une çoudra a quelque chose d'infâme; c'est un crime sans nom; il y avait des expiations pour le parricide; mais « pour celui dont les lèvres étaient polluées par celles d'une çoudra, aucune expiation n'était admise ». On lit dans les lois de Manou : « L'enfant qu'un brâhmane engendre en s'unissant avec une femme de la classe servile, quoique jouissant de la vie, est un cadavre. » Comment un cadavre serait-il capable de droit! Le çoudra est placé, dans la hiérarchie des créatures, après l'éléphant et le cheval. C'est un être impur, dont le contact souille le brâhmane. Les devoirs d'humanité deviennent un délit quand il s'agit de les remplir envers les membres de la caste inférieure : le brâhmane qui donne

des conseils à un çoudra est coupable; il est coupable quand il lui abandonne les restes de son repas (1).

58. Les çoudras, quelque avilissante que fût leur condition, formaient une caste, ils faisaient partie de l'Etat. Où trouver des paroles pour dépeindre l'abjection des tribus qui ne furent pas admises dans les castes, des *tchândâlas*, plus connus sous le nom de *parias?* Le législateur indien ne daigne pas s'occuper de ces races proscrites; il se contente de les exclure de la société civile (2). Par cela même, elles sont hors la loi. La seule trace de leurs pas suffit pour souiller tout le voisinage, leur ombre infecte les aliments. Il y en a que l'on peut tuer impunément; car, chose prodigieuse, il y a encore des inégalités dans cette abjection : un *paria* ne peut pas manger avec un *pouliah*. Et les plus vils de ces êtres se croiraient souillés en mangeant avec un Européen (3)!

59. Qui ne serait tenté de maudire ces incroyables égarements de la théocratie? Il faut les maudire, ainsi que le régime théocratique qui en est coupable. Toutefois l'histoire peut les expliquer et même les justifier au point de vue providentiel. J'ai dit quel était le droit de guerre des peuples nomades, si l'on peut donner le nom de droit à ces horreurs : c'est l'extermination des vaincus. Les castes sont un premier cri de miséricorde : au lieu du *malheur aux vaincus,* c'est *pitié aux vaincus.* Les morts ne trouvent place que dans les tombeaux, les vivants peuvent trouver place dans la société. En effet, des çoudras figurent parmi les dynasties indiennes. Un jour arrivera où le brâhmanisme sera détruit ou transformé; alors les çoudras arriveront à l'égalité et les parias auront leur tour. Au point de vue de nos idées et de nos sentiments, nous pourrions dire : Mieux vaut la mort que l'abjection morale. Au point de vue de Dieu, il faut dire : Mieux vaut la vie, car nos descendants profiteront de nos souffrances.

60. La réprobation qui pèse sur les populations restées

(1) *Lois de Manou,* III, 16, 19; IX, 178; XII, 43; IV, 80. Comparez mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité,* t. I (l'*Orient*), p. 136 et suiv.
(2) *Lois de Manou,* X, 51-53.
(3) Ritter, Asien, t. IV, p. 928 et suiv.

en dehors des castes frappe aussi l'étranger, et la cause est la même. Pourquoi le tchândâla est-il l'objet du mépris insultant qui le poursuit depuis des siècles? Parce qu'il est exclu de la communion religieuse des ârjas, parce qu'il est un être impur. Il en était de même des étrangers, et on les confondait dans la même aversion. L'Inde est une terre sainte; tous ceux qui se trouvent hors de ses limites sont « impurs de mœurs et de langage (1) ». Le législateur place les étrangers, dans la hiérarchie des créatures, après les éléphants, les chevaux et les çoudras; c'est à peine s'ils l'emportent sur les animaux sauvages, les lions, les tigres et les sangliers (2).

Cette aversion pour l'étranger n'est pas particulière à l'Inde; on la trouve chez tous les peuples théocratiques. Les Egyptiens se disaient autochthones, la race humaine par excellence; le langage hiéroglyphique identifie l'*Egypte* avec le *monde*, les *Egyptiens* avec l'*humanité*. Quelle est la source de ces prétentions orgueilleuses? Les riverains du Nil sont les hommes *purs*; leur sol sacré est la *région de la pureté*; le reste de l'univers est le *séjour de l'impureté* (3). De là une horreur profonde pour les étrangers. Un Egyptien aurait cru se souiller en mangeant avec un Hébreu. « Il n'y a point d'Egyptien, dit Hérodote, qui voulût embrasser un Grec, ni même se servir du couteau d'un Grec, ni goûter de la chair d'un bœuf qui aurait été coupée avec le couteau d'un Grec. » Les lois défendaient aux prêtres de toucher à des aliments de provenance étrangère (4). A la différence des Indiens, les Egyptiens furent conquérants : comment les Pharaons traitaient-ils les nations vaincues? Ils considéraient leurs ennemis comme des races *impures* et *perverses*. Une inscription de Sésostris porte qu'il *gouverne l'Egypte* et qu'il châtie la *terre étrangère* (5). Les étrangers sont des coupables, des criminels.

(1) Fragment du poëme du *Bharatea*, dans Lassen, *Pentapotamia indica*, p. 73.
(2) *Lois de Manou*, XII, 43.
(3) Rosellini, *Monumenti*, t. IV, p. 230, 89, 90; t. III, P. I, p. 37, 51, 89, 301.
(4) *Genèse*, XLIII, 32. Hérodote, II, 41.
(5) Rosellini, *Monumenti*, t. IV, p. 18; t. III, P. I, p. 350; et P. II. p. 54, 163, 215.

61. Telle est la condition de l'étranger dans la haute antiquité. Elle exclut toute idée de droit, et elle implique l'absence de toutes relations internationales. L'Inde vécut isolée; elle n'eut aucun rapport avec les autres peuples, ni par la guerre, ni par le commerce, ni par les voyages : c'était comme un monde à part. Si le vœu du sacerdoce s'était réalisé, les Egyptiens aussi n'auraient connu d'autre pays que la vallée du Nil. La religion les séparait de toutes les nations; les prêtres considéraient les voyages maritimes comme une action impie; le grand pontife faisait jurer aux rois qu'ils n'introduiraient aucune coutume étrangère (1). Les mœurs inhospitalières de l'Egypte étaient proverbiales. « Qui ne connaît, dit Virgile, les autels sanglants du cruel Busiris (2)? » Tant que la constitution théocratique fut en vigueur, l'Egypte resta fermée aux étrangers; ce ne fut qu'après la dissolution du régime sacerdotal que la *région de la pureté* s'ouvrit aux *impurs*; Hérodote dit que les Ioniens et les Cariens furent le premier peuple que les Egyptiens eussent reçu chez eux (3).

L'isolement n'existait pas seulement dans les théocraties, c'est un trait caractéristique de tous les peuples anciens; tous, quand ils paraissent sur la scène du monde, vivent d'une existence séparée, presque inconnus les uns aux autres, et cet isolement laissa des traces jusqu'à la fin de l'antiquité. L'Inde forma toujours un assemblage de petites associations n'ayant pas la conscience d'une patrie commune. L'empire des Perses ne fut qu'une agglomération de peuples et de cités. La Grèce ne forma jamais un Etat : la vie particulière de ses petites républiques était puissante, mais le sentiment d'une patrie grecque leur manquait. Rome conquit le monde, sans cesser d'être une république municipale. Un fait aussi général doit avoir sa raison d'être. C'était une nécessité providentielle. Chaque fraction de l'humanité ayant pour mission de développer une face particulière de la vie, chacune doit avoir son

(1) Voyez les témoignages dans mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. I, l'*Orient*, p. 324, note 4.
(2) Virgile, Georgiques, III, 15; Strabon, XVII, p. 549, 552.
(3) Hérodote, II, 179; Diodore, I, 67.

originalité; or, pour sauvegarder ce caractère individuel dans le berceau du monde, il fallait une existence plus ou moins isolée, hostile à toute influence étrangère. On ne doit pas perdre de vue cet isolement quand on apprécie l'antiquité. Si l'étranger est un être impur, ennemi, que l'on fuit, que l'on exclut de tout droit, c'est qu'en réalité l'étranger était un péril pour les sociétés naissantes; il y apportait le trouble et le désordre; c'était un élément de dissolution qu'il fallait écarter. Telle est la raison pour laquelle il ne pouvait y avoir, chez les anciens, un droit international quelconque, ni public ni privé.

62. Cependant l'isolement est une loi contre nature; Dieu n'a point créé les hommes pour qu'ils soient parqués dans le coin de terre qui les a vus naître; il a voulu, au contraire, les forcer à entrer en relation avec tous les habitants de la terre, en répandant dans les contrées les plus éloignées les productions qui servent aux nécessités de la vie; et pour que les hommes se traitassent comme frères, il leur a inspiré le sentiment de cette fraternité, et l'a empreinte jusque dans leur constitution physique. Il y a un peuple théocratique qui, malgré son insociable orgueil, est devenu un lien entre les nations et par ses idées, et par son étrange destinée. L'histoire des Hébreux, à moitié fabuleuse, s'ouvre par une guerre à mort contre les habitants de la Palestine : il n'y a rien de plus cruel, de plus sauvage que la guerre sacrée. Moïse jette un *interdit* sur la Terre Promise : tout, jusqu'aux animaux, est voué à la mort. Dieu commande cette œuvre de destruction, « afin que les populations idolâtres n'apprennent pas aux Israélites les abominations qu'elles font envers leurs dieux, et afin qu'ils ne pèchent pas contre l'Eternel (1). » Pour isoler les Hébreux, le législateur a fait le désert autour d'eux : « Je suis l'Eternel, votre Dieu, qui vous ai séparés des autres peuples, afin que vous soyez à moi. » Seuls initiés à la vérité, marqués par Dieu même d'un signe d'élection, les Juifs étaient à l'égard des autres peuples ce que la caste des prêtres est dans l'Inde pour les

(1) *Exode*, XXIII, 32; XXXIV, 12-16. *Deutéronome*, II, 18.

castes inférieures : un peuple de saints. Ils considéraient les étrangers comme *souillés* et *impurs*. L'orgueil de la race élue en fit les ennemis de tous les hommes (1). C'est saint Paul qui leur a lancé cette accusation ; elle est restée le stigmate de ceux qui, investis par Dieu d'une haute mission, y virent un titre de puissance, au lieu d'y voir une charge et un devoir. Cependant ces ennemis du genre humain eurent la noble ambition de répandre le culte du vrai Dieu dans le monde entier ; les chrétiens héritèrent de cette ardeur, et c'est grâce à la passion de la propagande que le monde fut civilisé (2). Qu'importe que les Juifs aient échoué? Le christianisme aussi n'a pas réussi. Cela n'empêche pas qu'il y ait une profonde vérité dans le prosélytisme judéo-chrétien. La vérité religieuse et morale est une ; comme le soleil, elle doit illuminer la terre entière.

63. Quand le genre humain se sera converti au culte du vrai Dieu, l'unité fera place à la diversité, il n'y aura plus d'impurs, tous les hommes seront frères. Tel est l'idéal auquel aboutit la théocratie dans l'antiquité. C'est l'unité absolue par la propagande religieuse, comme les conquérants arrivèrent à l'unité absolue par la guerre. L'idéal est faux tout ensemble et vrai. J'ai dit que l'unité du droit ne sera jamais réalisée, telle que les Romains l'entendaient ; il restera toujours des particularités nationales. Il en est de même de l'unité de foi ; rien ne le prouve mieux que l'inanité du prosélytisme juif ; tous les peuples auraient dû commencer par être circoncis, et se faire Juifs, pour jouir du bienfait de l'alliance du peuple élu avec Dieu ; ce qui impliquait aussi l'unité politique. C'était vouloir l'impossible et méconnaître les desseins de Dieu, que l'on invoquait. La tentative d'unité absolue échouera toujours contre les lois de la création. Mais tout n'est pas faux dans l'idéal des théocraties, de même que tout n'est pas faux dans l'idéal des conquérants. Les grandes vérités

(1) Voyez les témoignages dans mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. I, l'*Orient*, p. 389 et 390.

(2) Sur le prosélytisme des juifs, voyez mes *Etudes* précitées, p. 399 et suiv.

sur lesquelles toutes les religions reposent sont ou seront un jour le domaine commun de l'humanité; la morale y prendra appui, tout en laissant à la conscience individuelle les croyances particulières. C'est, au fond, la doctrine qui tend à l'emporter dans le domaine du droit : l'unité avec la diversité. Admirons les desseins de la Providence. Rien n'est plus repoussant que le régime théocratique, et néanmoins, dans la main de Dieu, il concourt à réaliser l'unité dans le monde intellectuel; ce qui conduira logiquement à l'unité dans l'ordre politique et civil.

§ III. *Les peuples commerçants. — Relations internationales.*

64. L'isolement est une loi de l'antiquité. Si les peuples restaient isolés, il n'y aurait pas de relations entre les hommes, chaque nation serait entourée d'un mur chinois, et par suite les lois des divers pays ne viendraient jamais en contact ni en conflit. Pour qu'il puisse être question d'un droit international quelconque, il faut avant tout que l'isolement soit brisé. Telle fut l'œuvre, providentielle encore une fois, de la guerre et du commerce. Tous les peuples de l'antiquité furent conquérants. L'Inde même eut son époque héroïque avant de se replier sur elle-même dans la méditation et la rêverie. Les Pharaons parcoururent l'Asie en vainqueurs. La guerre, qui pour les riverains du Gange et du Nil ne fut qu'un accident, remplit la vie entière des peuples guerriers. Ce n'est certes pas pour établir des liens entre les hommes que les rudes habitants des steppes de l'Orient unirent l'Asie occidentale en une vaste monarchie et la mirent en contact avec l'Europe; ils étaient poussés par une impulsion divine à conquérir un monde dont ils ignoraient l'étendue. Strabon dit que les Perses et les Grecs se connaissaient à peine de nom, avant les guerres médiques (1). Les conquérants furent dans l'antiquité ce que les hardis navigateurs sont dans les temps modernes. Alexandre

(1) Strabon, livre XV, à la fin.

découvrit l'Inde, Annibal et les légions romaines ouvrirent les premières voies entre les Gaules et l'Italie; César s'aventura jusque dans le nord de l'Europe. Il a fallu de longs siècles de combats pour constituer l'humanité, et pour rendre possible un droit qui la régit. Qui a fait des conquérants les précurseurs du droit international? Dieu doua les nations de l'antiquité d'une force d'expansion qui les excitait incessamment à s'étendre au loin par les armes.

65. On a célébré les colonies des Phéniciens et des Grecs comme un moyen bien supérieur à la guerre, pour établir entre les hommes l'unité et l'harmonie (1). C'est une illusion : l'établissement des colonies fut une conquête et souvent la plus rude de toutes, et le but des colons, pas plus que celui des guerriers, n'était de fonder la communion morale des peuples. Il faut donc dire des colonies ce que Herder dit de la guerre : la civilisation qu'elles propagent, les relations qu'elles créent sont un bienfait de Dieu.

J'en dirai autant du commerce. « Le commerce unit les nations ». Rien de plus vrai que cette parole de Montesquieu; mais elle n'est vraie que de Dieu, elle ne l'est pas des peuples commerçants. Les historiens racontent que les Phéniciens coulaient à fond les vaisseaux étrangers et jetaient les équipages à la mer. Afin d'empêcher toute communication avec l'étranger et d'écarter la concurrence, ils dévastaient les territoires voisins de leurs colonies et ils détruisaient les villes (2). On rapporte le même fait des Carthaginois : ils avaient un singulier droit des gens, dit Montesquieu, c'était de noyer les étrangers qui trafiquaient en Sardaigne et vers les colonnes d'Hercule (3).

La guerre unit par la force les vainqueurs et les vaincus; c'est l'intérêt des vainqueurs. Tandis que le commerce divise les peuples, par la jalousie qu'enfante l'esprit de lucre. Les Phéniciens initièrent, dit-on, la Grèce à la civilisation. Leurs colonies se touchaient; cependant

(1) Herder, *Vom Einfluss der Wissenschaft auf die Regierung.*
(2) Movers, *Die Phœnizier*, t. II, 2, p. 42
(3) *Esprit des lois*, XXI, II.

il n'y a aucune trace d'alliance entre les deux peuples. Forcés de se retirer devant les Grecs, ils leur abandonnèrent les établissements qu'ils avaient fondés sur les côtes de l'Asie Mineure et de la mer Noire. De là une jalousie qui alla jusqu'à la haine : trois cents vaisseaux tyriens combattirent à Salamine dans les rangs des Perses, et les Carthaginois firent alliance avec Xerxès, quand le grand roi arma toute l'Asie pour accabler un petit peuple libre.

66. C'est le cas de dire avec Bossuet que les hommes font ce qu'ils ne veulent pas faire. En dépit des mesquines passions que nourrit le commerce, le mot de Montesquieu est d'une profonde vérité; le commerce unit les peuples, et pris dans sa plus large acception, il est synonyme de relations internationales, et par conséquent il est le fondement du droit qui unit les nations. Mais il faut reporter le bienfait à Dieu, en attendant que les hommes veuillent ce que Dieu veut. Les rapports entre les peuples prirent une importance croissante, par la guerre, les colonies et le commerce : or, il n'y a pas de rapport entre les hommes sans que le droit intervienne. Quelle est la loi qui, dans l'antiquité, régissait les relations entre étrangers? L'Orient ne donne pas de réponse à cette question. Il devait y avoir un droit pour régler les rapports qui s'établissent entre les habitants des nombreux États qui se formèrent dans l'Inde; mais l'Inde n'a pas d'histoire, et sauf le code de Manou, nous ne savons rien de sa législation. Notre ignorance est tout aussi grande en ce qui concerne les immenses empires qui s'élèvent et disparaissent dans l'Asie occidentale. L'histoire s'ouvre avec les cités grecques; là nous trouverons la première forme du droit international privé. Rome marcha sur ces traces, aussi longtemps qu'elle reconnut quelque indépendance aux peuples alliés ou vaincus; elle finit par les assimiler complètement aux vainqueurs, alors que la cité n'avait plus de prix, puisque l'empereur seul était libre, c'est-à-dire souverain.

§ IV. *La Grèce. Le droit entre les cités.*

N° 1. LES ÉTRANGERS.

I. *Les étrangers sans droit. Le droit dans la cité.*

67. La Grèce était partagée en un grand nombre de cités; il n'y avait aucun lien entre les républiques, pas même la communauté de droits civils : d'une ville à l'autre les Grecs se traitaient d'étrangers. Avant les guerres médiques qui les rallièrent forcément autour de Sparte et d'Athènes, ils ne portaient pas même un nom commun qui les distinguât des Barbares. Les habitants de la Grèce n'avaient pas conscience des liens du sang qui les unissaient. Ils parlaient la même langue, marque évidente de l'unité d'origine, mais la langue grecque se divisait en dialectes qui servirent à perpétuer la division des diverses tribus. La variété des dialectes existe partout, mais seulement dans le langage populaire : la Grèce seule a une littérature également parfaite dans trois ou quatre dialectes différents. C'est un fait caractéristique de la race hellénique ; elle est née divisée et elle a péri par l'esprit de division.

68. Dès que le Grec sortait de sa cité, il était traité d'étranger, et l'étranger était sans droit. Il n'était pas permis à un Athénien d'épouser une femme de Thèbes ; il fallut un traité pour que les habitants de deux villes de l'île de Crète pussent s'unir par mariage; parfois les tribus d'une même cité refusaient de s'allier entre elles. L'exclusion s'étendait aux choses. Bien que l'étranger fût domicilié et qu'il enrichît par son travail la cité où il s'était établi, les lois lui défendaient de posséder une partie du sol. Les étrangers ne pouvaient ester en justice. Ils n'avaient pas la faculté de disposer de leurs biens par testament; il est plus que probable que leur hérédité ne passait point à leurs parents aubains. L'étranger n'est pas un frère, c'est un ennemi ; le même mot désigne l'ennemi et l'étranger. Cependant cet ennemi appartenait à la

famille grecque! Quant aux peuples qui n'étaient pas de race hellénique, la Grèce les traitait de Barbares.

Les lois concernant les étrangers étaient l'expression de la vie réelle des peuples. L'antiquité est l'âge des luttes violentes et de la force brutale; quand des tribus voisines, fussent-elles sœurs, se rencontrent, c'est pour s'entre-tuer, ou pour détruire et piller : comment l'homme aurait-il vu un frère dans l'être qui ne cherchait qu'à lui nuire? Il y avait encore un autre sentiment dans l'exclusion qui frappait les étrangers. Les théocraties traitent l'étranger d'impur, parce qu'il ne fait pas partie de la société religieuse. Il reste quelque chose de l'esprit sacerdotal chez les Grecs. On comprend que les étrangers n'aient pas été admis aux mystères, culte secret de sa nature; mais l'exclusion s'étendait même aux cérémonies publiques. Certains usages rappellent le régime théocratique : il y avait des prêtres qui refusaient de se servir de tout ce qui venait d'un pays étranger. Ne pouvant pas se présenter devant les mêmes autels, comment les Grecs se seraient-ils considérés comme frères (1)?

69. Le citoyen seul a des droits. Mais dans la cité même, c'est la force plutôt que le droit qui régnait. Aristote dit que la cité est une société d'hommes libres. Cela exclut déjà les esclaves, et le philosophe grec déclare que l'esclavage est fondé sur la nature, les esclaves étant nés pour servir. Ce n'étaient pas les seuls étrangers dans le sein de la cité. A Sparte et dans toutes les républiques doriennes, il y avait des serfs; c'étaient les habitants primitifs, les Achéens, que l'invasion dorienne avait asservis; sans être esclaves, leur condition était la pire des servitudes : les Spartiates traitaient les ilotes avec une dureté telle, qu'ils méritèrent de passer pour les inventeurs de l'esclavage. Une autre classe de vaincus, qu'à Sparte on appelait les périœques, avaient conservé leur liberté, mais cette liberté ressemblait tellement à la servitude, que lorsque les Romains délivrèrent les Lacé-

(1) Voyez les témoignages dans mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. II, *la Grèce*, p. 111 et 112.

démoniens du joug des Spartiates, les historiens comparèrent leur condition à celle des esclaves affranchis ; les malheureux vaincus, après des siècles d'asservissement, prirent le nom significatif de Lacédémoniens *libres*. Périœques et ilotes détestaient tellement leurs maîtres que, selon le dire de Xénophon, ils ne pouvaient cacher le plaisir qu'ils auraient à les manger tout vifs (1).

Est-ce que du moins la société des hommes libres était une réalité? Platon dit que chacun des Etats grecs n'est pas un, mais plusieurs, qu'il en renferme pour le moins deux, l'un composé de riches et l'autre de pauvres (2). Qu'étaient-ce que ces riches? L'aristocratie des vainqueurs et des conquérants qui d'abord prirent le nom de chevaliers, dégénérèrent bientôt en une aristocratie d'argent. L'aristocratie grecque portait une haine furieuse au peuple, et la démocratie avait les mêmes sentiments pour les aristocrates. Dans les luttes intestines qui déchirèrent les cités grecques, les vainqueurs mettaient à mort les vaincus ou ils les bannissaient. La force régnait. L'idée d'un droit égal manquait aux Grecs, ils n'aspiraient qu'à la domination : c'est ce qu'ils appelaient être libres. La liberté ainsi entendue conduisit à la tyrannie, au césarisme et à la dissolution de ces brillantes républiques que nous admirons sans trop les connaître (3).

70. La cité grecque n'est encore qu'un commencement d'association : elle est renfermée dans des limites étroites ; les cités entre elles sont ennemies et l'unité ne règne pas même dans leur sein. Nés divisés, les Grecs ne connurent jamais la grande patrie, la Grèce. Néanmoins, la cité grecque a réalisé un grand progrès dans la voie de l'unité et de la communauté de droit entre les hommes. Si les républiques de la Grèce sont concentrées chacune dans une petite cité, c'est que l'unité et le droit devaient se développer successivement ; le premier pas et le plus difficile était d'établir le règne du droit entre de petits Etats qui se touchaient, et dont les citoyens avaient des rela-

(1) Les témoignages se trouvent dans mes *Etudes* précitées, p. 62-72.
(2) Platon, *De la république*, IV, p. 422, E.
(3) Voyez mes *Etudes*, t. II, p. 72 et suiv.

tions de tous les jours. Or, pour que le droit règne entre les cités, il faut qu'il règne d'abord dans la cité. Cette première condition de l'association humaine a été réalisée par les Grecs : c'est le sens de la profonde parole d'Aristote, que la cité est la société des hommes libres. Il est vrai qu'il s'y trouve des esclaves, mais les esclaves peuvent arriver à la dignité d'homme libre, puisqu'on les affranchit. Les vaincus ne jouissent pas des droits politiques, mais du moins ils sont hommes. Il n'y a plus de castes ; dès lors le règne du droit devient possible. Et dès que le droit règne au sein de la cité, il finira par régner entre les cités.

II. *Le droit entre les cités. Les traités.*

71. Napoléon dit en parlant de la Grèce : « Qu'est-ce que cette lutte querelleuse de deux ou trois petites démocraties, de deux ou trois misérables cités (1)? » Le grand conquérant ne voyait pas que les limites étroites des cités grecques étaient une nécessité providentielle. Un vaste empire, tel que la Chine, peut s'entourer d'un mur, et si tous les Etats étaient fermés par une muraille chinoise, il ne pourrait pas même être question d'un lien de droit entre les peuples ; ils vivraient tous isolés, et l'isolement, c'est la mort. Les cités grecques, précisément à raison de leur petitesse, ne pouvaient empêcher que des relations de plus en plus fréquentes s'établissent entre elles, et ces relations amenèrent forcément le règne du droit entre les républiques qui se partageaient la Grèce. L'homme ne peut entrer en rapport avec l'homme sans que le sentiment de la fraternité humaine s'éveille chez lui ; c'est la compassion pour l'étranger, faible et sans appui, qui fit soupçonner aux Hellènes qu'ils étaient frères. La religion donna sa sanction aux sentiments de la nature. Chez les Grecs l'hospitalité était tellement sacrée, que les poëtes la placèrent sur la même ligne que l'amour de la patrie (2), et

(1) Paroles de Napoléon à Wieland.
(2) Pindare, *Isthmiques*, II, 51 et suiv.

pour les Grecs il n'y avait rien de plus grand que la patrie, rien de plus sacré que les devoirs qu'elle impose.

L'intérêt multiplia les liens de l'hospitalité. Hors de sa patrie, il n'y avait pour l'homme ni garanties pour sa personne, ni moyens de pourvoir aux nécessités de la vie. Son dénûment moral était plus grand encore. Avait-il des droits à défendre, il devait lutter, faible et isolé, contre des adversaires qui disposaient du pouvoir ou des influences locales. Heureux si, dans ces circonstances, il rencontrait un être compatissant qui l'abritait et le protégeait! De retour dans sa patrie, c'était une douce obligation pour lui de reconnaître les bienfaits qu'il avait reçus, en rendant les mêmes services à son hôte et même à tout étranger; car, « ayant appris à connaître le malheur, il avait appris à secourir les malheureux ». Les rapports qui naissaient des liens de l'hospitalité n'étaient pas passagers; c'était comme une parenté que l'intérêt avait contractée peut-être, mais que la reconnaissance perpétuait (1).

72. Le service le plus important que l'hôte était appelé à rendre à l'étranger consistait à le défendre en justice. Mais ici, il y avait un obstacle légal. L'étranger, sans droit, pouvait-il ester en justice, soit pour agir, soit pour se défendre? Dans la rigueur du droit, il fallait un traité pour donner à l'étranger la capacité juridique qui lui manquait. Ainsi dès les premières origines du droit international privé, les traités interviennent, et c'est encore par les traités que le droit recevra sa sanction définitive. Les conventions variaient selon la nature des relations qu'elles avaient pour objet d'établir ou de consacrer. Elles avaient presque toutes un but restreint, la communication de quelques droits civils, le droit de mariage, le droit de propriété, le droit d'ester en justice. Parfois l'alliance était plus intime; les Etats contractants stipulaient que ceux de leurs membres qui s'établiraient dans la ville alliée y jouiraient de tous les droits de citoyen. On appe-

(1) Voyez, sur l'hospitalité chez les anciens, mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. I, p. 59; t. II, p. 50 et 117; t. III, p. 66.

lait cette alliance étroite *isopolitie*. Jusqu'où s'étendaient l'égalité et l'unité du droit? Comprenaient-elles le droit de suffrage et d'admissibilité aux fonctions publiques? Les traités parlent de la participation à toutes choses divines et humaines, ce qui a fait croire à une égalité complète. N'est-ce pas confondre l'isopolitie grecque avec les municipes romains? A Rome, tout tendait à l'unité, sous la forme d'une monarchie universelle; les petites cités de la Grèce ne pouvaient guère songer à l'empire du monde. Le seul but qu'elles avaient en s'alliant était d'établir une communauté des droits civils, dans l'intérêt du commerce et des relations journalières que le voisinage créait entre les citoyens des diverses républiques (1).

73. La justice est le plus impérieux des besoins, et elle devient une nécessité dès qu'il intervient des rapports juridiques entre les hommes. Dans la haute antiquité, les violences entre voisins étaient journalières; il fallait un traité pour établir la paix et des relations pacifiques. Le premier objet des conventions était de mettre fin aux brigandages qui, chez les Grecs, s'exerçaient surtout par les pirates. En l'absence d'un traité, la piraterie n'avait rien d'illicite; c'était un commerce que l'état de guerre légitimait. Ne crions pas trop à la barbarie : n'avons-nous pas nos armements en course, tout aussi barbares? Ce qu'il y avait de barbare, c'est que la guerre était considérée comme l'état naturel des peuples; la paix, c'est-à-dire le règne du droit, n'existait qu'en vertu d'un traité. Il y a des conventions entre des villes grecques où il n'est question que de l'action appartenant à celui qui est lésé par un acte de piraterie (2). Ce que les traités disent de la piraterie s'appliquait naturellement à tous les faits dommageables. Et il va de soi qu'entre cités commerçantes, comme l'étaient presque toutes les républiques de la Grèce, les intérêts commerciaux devaient jouir d'une protection

(1) Boeckh, *Corpus inscriptionum*, t. I, p. 432.
(2) Voyez le texte et le commentaire, dans Voigt, *Das jus naturale, æquum et bonum und jus gentium der Roemer*, t. IV, 2, p. 200, suiv. Comparez Sainte-Croix, *Législation de Crète*, p. 357 et suiv. Hoeck, *Kreta*, p. 472 et suiv.

spéciale; le commerce ne devient même possible que par l'exécution fidèle des contrats, sous la garantie de l'autorité publique.

Par qui cette justice internationale était-elle rendue? et d'après quelle loi les tribunaux décidaient-ils les procès? La chose est douteuse. Il y a des traités qui stipulent que les juges seront pris par moitié chez les deux peuples contractants, et que, s'ils ne s'accordent pas, des juges choisis dans une troisième cité seront appelés pour vider le conflit. Etait-ce la règle, ou était-ce une cour spéciale en matière de délits (1)? On l'ignore; les traités, conçus en termes laconiques, ne s'expliquent pas sur des points que tout le monde connaissait. Il n'y est pas parlé non plus du droit que les tribunaux appliquaient. On admet généralement, et avec raison, que les étrangers qui contractaient dans une ville alliée, étaient régis par le droit de la cité où ils étaient établis. En effet, les traités n'avaient pas pour objet de reconnaître à l'étranger la jouissance de son droit national; les anciens n'avaient aucune idée de ce que nous appelons droit personnel. Le droit était essentiellement attaché à la cité; et dans la cité, on ne pouvait gûère appliquer un autre droit que celui de la cité; les Grecs n'ont jamais eu de préteur étranger. Les conventions n'avaient qu'un seul objet, c'était d'admettre les étrangers à procéder en justice devant les tribunaux du pays, et naturellement d'après les lois du pays (2). En était-il de même là où il existait une cour internationale ou mixte? On ne le sait.

74. Les traités isopolitiques sont très rares; ceux que nous possédons appartiennent à des villes de la Crète, que les savants seuls connaissent. Il ne paraît pas qu'il y ait eu des alliances semblables entre de grands Etats; le seul exemple que l'on cite, celui d'Athènes et de Rhodes, date de la décadence de la Grèce (3). Il y a plus de conventions

(1) Hoeck, *Kreta*, t. III, p. 91. Sainte Croix, *Législation de Crète*, p. 359 et suiv.
(2) Hoeck, *Kreta*, p. 372, note 11. Voigt, *Das jus naturale der Römer*, t. IV, 2, p. 205, 209, 224.
(3) Polybe, XVI, 26, 9. Tite-Live, XXXI, 15.

particulières, notamment pour régler l'exercice de la justice internationale (1). Quant à la concession des droits civils, elle faisait l'objet de décrets, plutôt que de traités. Ainsi des décrets du peuple athénien donnèrent aux Thébains, aux Eubéens, aux Platéens le droit de mariage. D'autres décrets accordent le droit de propriété (2). Quelle était la situation des étrangers, en l'absence d'un traité ou d'un décret? Pour agir en justice, un traité n'était pas rigoureusement nécessaire : les *proxènes* pouvaient représenter l'étranger devant les tribunaux. On donnait ce nom à des citoyens généreux qui se chargeaient de protéger les étrangers et de les défendre en justice (3). La proxénie tenait de l'hospitalité privée, sauf que le proxène était l'hôte de toute une cité; Xénophon nous apprend que la proxénie de Lacédémone à Athènes était héréditaire dans la famille d'Alcibiade. Il y avait des proxènes qui ressemblaient à nos consuls : les Etats donnaient à un de leurs membres la qualité de proxène, avec l'agrément de la cité où il devait exercer son ministère (5).

La proxénie suppose que l'étranger jouit des droits civils : on ne peut pas représenter celui qui est sans droit. La difficulté revient donc : quels sont les décrets et les lois qui accordèrent aux étrangers la jouissance des droits civils dans les cités grecques? On les chercherait vainement, et ceux qui nous restent présentent cette singularité remarquable, qu'il est question, dans les plus anciens, des droits privés, tandis que les plus récents ne parlent plus du droit de mariage, du droit d'ester en jugement; tout au plus mentionnent-ils le droit de posséder des biens-fonds, ce qui devait être chose assez rare, car les étrangers établis à Athènes (les métèques) ne pouvaient pas posséder des immeubles (6). On a supposé que, par suite des relations

(1) Hullmann, *Handelsgeschichte der Griechen*, p. 193-196.
(2) Demosthène, *De corona*, § 187. Lysias, *Orat.*, 34, § 3. Isocrate, Plat., § 51.
(3) Voyez, sur la proxénie et sur la justice internationale des Grecs, mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. II, p. 117 et suiv., 121 et suiv.
(4) Xénophon, *Hellen*, V, 4, 22; VI, 3, 4.
(5) Thucydide, II, 20.
(6) Boeckh, *Economie politique des Athéniens*, t. I, p. 237.

journalières que le commerce créa entre les cités grecques, il s'établit une communication tacite du droit civil entre elles. Le commerce est étranger au sol, il n'a pour objet que des choses mobilières; or, les conventions concernant les marchandises et les contestations auxquelles elles donnaient lieu, laissaient la souveraineté de l'État intacte, dès que les étrangers étaient régis par les lois de la cité où le procès s'élevait, ce qui était la règle. Il est certain que cette jouissance réciproque des droits civils était admise entre la Macédoine et la république d'Athènes, en ce sens que les Macédoniens venaient plaider à Athènes, et les Athéniens allaient plaider en Macédoine (1). Cette faveur accordée au commerce n'avait pas pour conséquence d'assimiler entièrement l'étranger à l'indigène; une pareille égalité ne se concevait pas dans l'ordre d'idées des anciens; le mariage et la propriété restaient toujours des droits civils, dont la jouissance ne pouvait s'acquérir que par voie de traités ou de décrets.

75. Tels sont les premiers germes du droit international privé chez les Grecs. C'est un état de transition dans lequel tout est vague et flottant. Les Grecs n'avaient point la rigueur juridique qui distingue les Romains. Si l'on admet que le citoyen seul a des droits, tous ceux qui sont en dehors de la cité, peuples et individus, se trouvent dans l'état que l'on a faussement appelé l'état de nature, et qui est la guerre de tous contre tous. Les relations entre les cités restèrent hostiles; mais, entre particuliers appartenant aux diverses républiques, la force ne pouvait continuer à régner; c'eût été rendre tout commerce impossible, et les Grecs étaient un peuple commerçant.

Mais si les Grecs entre eux n'étaient pas sans droit, on ne peut pas dire que dans le domaine du droit privé il n'y avait plus d'étrangers. L'exclusion de ceux-ci persista dans toutes les relations qui touchent à l'intérêt de la cité. Et même dans les rapports d'intérêt purement privé, les républiques de la Grèce ne songèrent pas à reconnaître

(1) Platner, *Der Prozes und die Klagen bei den Attikern*, t. I, p. 108. Voigt, *Das jus naturale der Römer*, t. IV, 2, p. 232, § XIII, p. 241, § XIV, et p. 248, § XV.

à l'étranger la jouissance de son droit national dans leur sein; dans leur conception étroite et jalouse, l'homme comme tel n'avait aucun droit, le citoyen seul participait au droit de la cité; l'étranger ne pouvait donc pas invoquer le droit de sa patrie hors de son sein; son droit expirait à la limite de l'Etat dont il était membre. Pour me servir du langage moderne, les lois étaient essentiellement territoriales. C'était déjà une dérogation à la souveraineté territoriale et à l'exclusion de l'étranger, que de lui accorder un droit quelconque hors de chez lui; mais pour jouir des droits dans une autre cité, il devait se soumettre en tout aux lois de cette cité; elle n'en admettait pas d'autres. On voit que si la cité grecque reconnaît un droit à l'étranger, ce n'est pas par respect pour sa personnalité, c'est à raison des nécessités du commerce, en prenant ce mot dans sa plus large acception. Nous sommes encore au berceau du droit international privé.

N° 2. LES BARBARES HORS DU DROIT.

76. Les étrangers dont je viens de parler étaient des Grecs. Quant aux étrangers proprement dits, on les qualifiait de Barbares. Cette expression désigna d'abord un homme dont on ne comprenait pas le langage et, par suite, tout étranger (1). Chez les Grecs, le terme de Barbare impliquait une idée de mépris et de haine. Pline dit que la différence de langue a cet effet que celui qui parle un langage inintelligible est en quelque sorte considéré comme n'appartenant pas à l'espèce humaine. Saint Augustin est plus méprisant encore : « Des animaux d'espèce différente, dit-il, s'associent plutôt que des hommes parlant des langues diverses; de manière qu'un homme aimera mieux être avec son chien qu'avec un étranger (2). » La Grèce était la terre privilégiée de l'intelligence; Hellène était synonyme d'homme civilisé (3);

(1) *Real-Encyclopædie der classischen Alterthumswissenschaft*, au mot *Barbarus*. *Encyclopédie* d'Ersch et Gruber, au même mot.
(2) Pline, *Hist. Nat.*, VII, 1 S. Augustin, *De la Cité de Dieu*, XIX, 7.
(3) Isocrate, *Panégyrique*, n° 50.

de là la différence entre les Grecs et les Barbares devint une opposition de culture et de barbarie, et comme les Grecs admettaient qu'il y avait des esclaves par nature, ils devaient croire que les Barbares étaient faits pour servir, par cela seul qu'ils ne parlaient pas leur langue harmonieuse et qu'ils ne participaient pas aux bienfaits de leur civilisation. De là l'insultante prétention qu'il était dans l'ordre naturel que la Grèce commandât aux Barbares. Euripide dit que les Hellènes étaient nés pour la liberté et les Barbares pour la servitude. Ce qui excite l'indignation de Démosthène dans ses ardentes Philippiques, c'est qu'un Barbare, qui devrait être l'esclave des Hellènes, osât aspirer à les dominer : du haut de la tribune athénienne, il excitait les Grecs à vouer une haine éternelle aux Barbares (1).

77. Quels rapports pouvait-il y avoir entre la Grèce et les Barbares, alors qu'on assimilait ceux-ci à des esclaves et même à des animaux? Si les Grecs entre eux étaient sans droit, à plus forte raison en devait-il être ainsi entre Hellènes et Barbares. En fait, il n'y eut guère d'autres relations entre eux que la guerre et une guerre permanente, depuis les invasions médiques qui exaltèrent le patriotisme et la haine des Grecs contre les Barbares de l'Orient. Cependant ce serait une erreur de croire que la Grèce et les nations barbares fussent séparées par un abîme, comme l'étaient les castes dans l'Inde. Malgré leurs préjugés, le génie des Grecs était humain et même cosmopolite : c'est une école hellénique, le stoïcisme, qui prêcha, la première, un cosmopolitisme que l'on peut dire excessif, puisqu'il anéantit l'idée de patrie. Il y avait en Grèce une institution étrange, dont nous avons de la peine à comprendre l'influence civilisatrice, et qu'il est cependant impossible de nier, ce sont les oracles. Celui de Delphes mérita le titre d'*Oracle du genre humain*; il répondit à Mélée que toute la *terre* est notre *patrie*. A l'occasion d'une disette, Apollon déclara qu'elle cesse-

(1) Voyez les témoignages dans mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. II, p. 299, suiv.

rait lorsque les Athéniens feraient des vœux pour *tous les peuples*. Chose inouïe, les Delphiens ouvrirent leur *cité* à des *Barbares*, en décrétant que les *Lydiens* pourraient devenir *citoyens* de *Delphes*. Quand des déserts de la Scythie, Anacharsis vint à Athènes pour s'instruire de la philosophie grecque, les Athéniens l'admirent à la cité et aux mystères. De leur côté, les sages de la Grèce allaient chez les Barbares pour s'initier à leur sagesse. Des rapports hospitaliers s'établirent même entre des Perses et des Hellènes, et ces liaisons touchaient de très près au droit. La séparation entre Grecs et Barbares n'était donc pas absolue. Il y avait des peuples barbares voisins de la Grèce : tels étaient les Thraces et les Macédoniens; le commerce les unissait aux Grecs; or, le commerce eût été impossible si les Barbares avaient été exclus de tout droit. J'ai dit plus haut que les Macédoniens allaient plaider à Athènes et les Athéniens en Macédoine (n° 74). Jusqu'où allait cette communication du droit civil? Il est impossible de le dire, mais il est probable que, dans les relations commerciales, on ne faisait pas de différence entre les Grecs étrangers et les Barbares. Cela était très inconséquent, mais la Grèce n'avait point la rigueur logique qui caractérise les Romains. Les Grecs conservèrent toujours leur mépris pour les Barbares; ils ne comprirent pas le cosmopolitisme d'Alexandre qui voulait unir les Perses et les Hellènes en mettant les vaincus sur la même ligne que les vainqueurs. A la veille de la conquête romaine, ils traitaient encore le peuple-roi de Barbare, et ils déclaraient « qu'entre les Barbares et les Grecs, le langage, les mœurs et les lois avaient créé une barrière plus insurmontable que la mer et les terres qui les séparaient; que la nature, qui était immuable, et non des causes qui pouvaient changer tous les jours, les avait faits ennemis (1) ».

78. Ce qui prouve combien ces préjugés étaient enracinés dans la race hellénique, c'est qu'on les retrouve

(1) Tite-Live, XXXI, 29. Comparez mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. II, p. 302, § II.

chez les philosophes. Platon partage l'humanité en Grecs et Barbares. Les Hellènes sont frères; ils sont donc amis par nature; s'il survient un différend entre eux, c'est une maladie, semblable à la discorde qui s'élève dans un Etat. Mais entre Hellènes et Barbares, il n'y a aucune parenté, ils sont naturellement ennemis (1). Aristote, le philosophe du fait, élève les préjugés des Grecs à la hauteur d'une théorie. Il place la piraterie sur la même ligne que la chasse et la pêche. Rien de plus légitime que la chasse aux bêtes fauves; or, il est des hommes qui sont nés pour obéir aussi bien que les brutes; s'ils refusent de se soumettre, la guerre contre eux est autorisée par la nature même. Quels sont ces hommes? Tous ceux que l'orgueil des Hellènes qualifiait de Barbares, ainsi le genre humain presque tout entier. Les Grecs l'emportent sur les Barbares par l'intelligence, comme les hommes libres sur les esclaves, car *Barbare* et *esclave*, c'est tout un. Quand Alexandre porta la guerre en Asie, Aristote conseilla à son disciple de traiter les vaincus comme des brutes. Le conquérant se montra supérieur au philosophe : il eut l'ambition d'associer les Grecs et les Barbares et de les unir en une grande famille (2).

79. Cependant la philosophie est universelle de son essence. Pythagore, dit-on, ne faisait aucune différence entre les Grecs et les Barbares, dans l'organisation de sa société; il embrassait la création entière dans son amour. Sa doctrine inspira peut-être Socrate. On demandait au sage d'Athènes quelle était sa patrie : « Toute la terre, répondit-il, donnant à entendre qu'il se croyait citoyen de tous les lieux où il y a des hommes (3). » En effet, sa philosophie s'adresse à l'homme, Barbare ou Grec : « Son occupation était de persuader à tous, jeunes et vieux, que les soins du corps et l'acquisition des richesses ne doivent point passer avant leur âme et son perfectionnement; que la vertu ne vient point des richesses, mais que tous les biens viennent aux hommes de la

(1) Platon, *De la République*, p. 470, C.
(2) Aristote, *Politique*, I, 3, 4 ; I, 1, 5.
(3) Cicéron, *Tusculanes*, V, 37.

vertu (1). » Les philosophes de l'Académie continuèrent l'enseignement de leur maître : « Ils voyaient dans l'homme un membre d'une grande cité et de l'espèce humaine tout entière, et le regardaient comme lié avec tous les hommes par les liens d'une certaine société universelle. » Ils disaient « que nous sommes nés pour nous réunir à nos semblables et former en commun la société du genre humain (2) ».

Tel est le dernier mot de la Grèce dans le domaine des relations internationales. C'est la base et le but idéal de notre science : la communauté de droit entre les peuples. Il faudra des siècles pour que la doctrine de la philosophie reçoive son application dans les théories des jurisconsultes; et il faudra encore des siècles avant que les enseignements de la science du droit passent dans les traités et les lois. Le cosmopolitisme philosophique a un écueil, c'est qu'il oublie l'idée de patrie; il l'étend tellement qu'elle n'existe plus; celui qui n'a d'autre patrie que le monde n'a plus de patrie. On ne peut adresser ce reproche à Socrate; il était citoyen tout ensemble et philosophe. Sa philosophie, bien qu'elle s'adressât à l'humanité, ne lui faisait pas oublier ses devoirs de citoyen : il mourut martyr de son respect pour les lois. Nous trouvons donc dans la philosophie socratique le germe de la science du dix-neuvième siècle. C'est une gloire pour la philosophie, et une gloire pour la Grèce.

§ V. *Rome. La force et le droit.*

N° 1. L'ÉTRANGER SANS DROIT.

80. Rome continue l'œuvre de la Grèce, mais avec plus de grandeur et avec une rigueur juridique que ne connaissait pas le génie poétique des Grecs. On a cru pendant longtemps, et cela se dit encore, que Rome est supérieure à la Grèce, parce que, la première, elle a intro-

(1) Platon, *Apologie*, p. 30, B.
(2) Cicéron, *Academ.*, II, 5; *De finibus*, IV, 2.

duit le droit dans les relations internationales, et jusque dans les sanglants démêlés des peuples. Ecoutez les historiens latins; ils vous diront que, si les Romains furent heureux dans leurs entreprises, c'est que leurs guerres furent toujours justes. Bodin les appelle les maîtres de la justice, à laquelle ils rapportaient toutes leurs actions. Mably proclame qu'ils ne firent pas de guerre injuste (1). Qu'est-ce qui a mérité à un peuple conquérant la gloire de la justice? Les féciaux et le droit fécial : « Sainte institution, s'écrie Bossuet, s'il en fut jamais, et qui fait honte aux chrétiens, à qui un Dieu venu au monde pour pacifier toutes choses, n'a pu inspirer la charité et la paix (2). »

C'est une longue erreur de l'esprit humain que de chercher dans le passé l'idéal de la justice qui est encore si peu respectée de nos jours dans les relations internationales. Les faits donnent un démenti à ces illusions. Il n'est pas vrai, comme on le dit (3), que c'était aux féciaux à déclarer si la guerre était juste, et que, s'ils s'y opposaient, il était défendu de recourir aux armes. Le sénat et le peuple décidaient la guerre, sans consulter le collége des féciaux; ceux-ci n'intervenaient que pour présider à l'observation des cérémonies religieuses; si l'on prenait leur avis, c'est sur les formalités à remplir pour les déclarations de guerre. D'après le droit fécial, la guerre était *juste* si elle avait été précédée d'une demande en réparation et si elle était régulièrement déclarée. Cette *justice* procédurière n'a rien de commun avec la justice véritable, celle qui est une émanation de la justice divine. *Juste*, dans le langage romain, est synonyme de *légal*, légitime. Une guerre est juste dès que le fécial a prononcé la formule solennelle, quand même elle serait la plus inique du monde (4). Après la fameuse convention des Fourches Caudines, le consul qui l'avait signée se fit livrer par un fécial; cela suffit pour tranquilliser la conscience du peuple

(1) Tite-Live, XLV, 22; Cicéron, *Des devoirs*, I, 11. Bodin, *De la République*, I, 1. Mably, *Entretiens de Phocion*.
(2) Bossuet, *Discours sur l'histoire universelle*, 3e partie, VI.
(3) Plutarque, *Numa*, c. 12; Denys d'Halicarnasse, II, 72.
(4) Osenbrüggen, *De jure belli et pacis Romanorum*, p. 23.

romain ; il avait la *justice* pour lui : cette prétendue justice soulève encore aujourd'hui la conscience humaine, après que des milliers d'années se sont écoulées depuis que l'iniquité a été consommée.

Les Romains, pas plus que les Grecs, n'ont connu le droit des gens. Pour qu'il puisse y avoir un droit international, il faut que les peuples reconnaissent qu'ils ont des droits et des obligations réciproques. Or, cette idée est étrangère aux anciens : l'état naturel des relations internationales était la guerre, la paix existait seulement en vertu d'un traité. Si quoi que ce fût appartenant à un peuple étranger tombait entre les mains des Romains, ils en acquéraient la propriété, comme par occupation ; ce qui implique que les peuples étrangers n'étaient pas réputés propriétaires, donc ils étaient sans droit. Cela est si vrai que les hommes libres dont les Romains s'emparaient devenaient esclaves, et il en était de même des Romains que l'on prenait en pays étranger. C'était la piraterie en terre ferme, et ce brigandage était réputé légitime (1).

Tout ce que l'on peut dire en faveur des Romains, c'est que, les premiers parmi les peuples conquérants, ils ont fait intervenir le droit dans l'œuvre de la force. Qu'importe que la justice ait été trop souvent un prétexte pour le sénat? C'est déjà un immense progrès que des conquérants sentent le besoin d'invoquer la justice. L'histoire de Rome ne présente pas de scène scandaleuse, comme la conférence d'Athènes avec les Méliens (n° 52) ; ils n'ont jamais proclamé que l'empire du monde leur appartenait, parce qu'ils étaient les plus forts. Rome invoquait toujours la justice, et la justice finira par l'emporter sur la force, dans les relations des peuples comme dans celles des individus. Le patriotisme italien est allé plus loin. On a dit que les Romains avaient hérité le droit fécial des antiques cités italiennes ; et que ce droit était la reconnaissance du lien d'égalité que la nature a créé entre tous

(1) Voyez les témoignages dans mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. III (Rome), p. 12.

les peuples (1). Que le droit fécial soit italien d'origine, je le crois volontiers; mais que l'antique Italie ait reconnu un droit égal à tous les peuples, et qu'il ait dégénéré chez les Romains en un pur formalisme, cela est difficile à admettre. Les témoignages manquent absolument. On invoque les fédérations des cités italiennes; elles existaient aussi chez les Grecs; c'était un lien d'unité, mais sans force aucune, et l'on n'en saurait induire que les Italiens aient eu, à un plus haut degré que les Romains, la conscience d'un droit égal régissant les nations. Quant à la doctrine de Cicéron, que l'on cite comme un souvenir du vieux droit italien, la méprise me paraît évidente : Cicéron parle, non comme légiste, mais comme philosophe, et sa philosophie n'est qu'une imitation de la philosophie grecque.

81. Là où la guerre est l'état permanent, l'état légal, si l'on peut parler ainsi, l'étranger doit être considéré comme un ennemi, parce que de fait il l'est. Or, telle était la condition du monde ancien, en Italie, comme en Grèce. Les hostilités étaient journalières. A chaque instant les propriétés étaient exposées au pillage et à la dévastation, et les personnes menacées de l'esclavage ou de la mort (2). Il est donc bien naturel que la loi des XII Tables ait qualifié l'étranger d'ennemi, et qu'elle ait déclaré que l'ennemi est sans droit : « *Adversus hostem perpetua auctoritas.* » On a donné diverses interprétations de cette loi ; il y a une idée qui se retrouve dans toutes les opinions, c'est que l'étranger est sans droit (3).

Les jurisconsultes formulèrent ces sentiments en règles juridiques avec la rigueur qui les caractérise. L'étranger n'était capable d'aucun droit civil, et la notion des droits naturels appartenant à l'homme comme tel étant inconnue, il était de fait exclu de tout droit. Il ne faut pas trop

(1) Ellero. *Vincoli dell' Umana Allianza*, 1876, dans les *Scritti politici*, 334-336. Saffi, *Di Alberigo Gentili, e del diritto delle genti* (1878), p. 20 et suiv.

(2) Voyez quelques témoignages dans Sell, *Die recuperatio der Romer*, p. 19, suiv., et dans mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. III, p. 26.

(3) Dirksen. *Übersicht der Versuche zur Erklärung der XII Tafelgesetze*, p. 262 et suiv.

s'étonner que le plus sacré des droits, la justice, lui fût refusé, cette barbarie se trouve encore dans le code Napoléon (art. 14-16). On ne reconnaissait pas à l'étranger le droit de propriété; il n'y a pas longtemps qu'un étranger peut posséder des immeubles en Angleterre. En l'an 584 (U.-C.), le sénat accorda à des ambassadeurs gaulois, à titre de privilége, le droit d'acheter des chevaux en Italie; donc les étrangers ne jouissaient pas même du plus naturel des droits, du droit de contracter, sans lequel l'existence est impossible. Ne pouvant entrer dans un rapport de propriété avec un citoyen romain, comment leur aurait-on permis le mariage? Les plébéiens arrachèrent ce droit aux patriciens; les étrangers ne l'eurent jamais, sauf par une concession expresse. Si des unions étaient contractées entre citoyens et étrangers, les enfants qui en naissaient étaient considérés comme une *nouvelle espèce d'hommes* : on dirait qu'il s'agissait d'êtres n'ayant de l'homme que la forme et la figure (1).

On lit dans un excellent traité de droit international privé que, sous l'empire, les étrangers n'étaient plus considérés comme ennemis (2). En effet, un jurisconsulte le dit, mais il entend par là que les actes d'hostilité proprement dits ne pouvaient être commis à leur égard qu'après une déclaration de guerre. Ce que la loi romaine ajoute prouve que les étrangers étaient toujours sans droit : les Romains acquéraient par occupation les choses appartenant à un autre peuple, quand elles tombaient entre leurs mains (3). Il y a un autre principe du droit romain qui tient au même ordre d'idées et qui est tout aussi caractéristique. D'après notre droit moderne, l'étranger conserve partout sa personnalité juridique; s'il ne jouit pas de tous les droits, il est au moins un être capable de droit. Il n'en était pas de même du citoyen romain quand il se trouvait en captivité; il était sans droit, comme appartenant à l'ennemi : sa condition ressemblait à celle d'un mort civile-

(1) Voyez les témoignages dans mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. III, p. 67. Ajoutez Puchta, *Institutionen*, t. II, § 197, note *b*.
(2) Bar, *Das internationale Privat Recht*, p. 9 et note 2.
(3) L. 5, § 2, D. XLIX, 15 (De captivis).

ment, cette affreuse fiction qui a longtemps déshonoré le code civil. L'ennemi était sans droit; par suite, le Romain tombé au pouvoir de l'ennemi était également sans droit. Cette étrange conception dépouillait le citoyen de la propriété de ses biens, dont il ne pouvait plus disposer par testament (1). Preuve évidente que les Romains n'avaient pas le soupçon de ce que nous appelons droits naturels, c'est-à-dire, droits appartenant à l'homme comme tel, droits attachés à la personne. C'est dire qu'il ne peut être question d'un droit international privé, la base même faisant défaut.

82. Comment l'étranger, qui était hors de la cité, qui était ennemi, aurait-il eu la jouissance du droit attaché à la qualité de citoyen? Dans le sein même de la cité, le droit était inégal. Rien de plus obscur que la clientèle romaine; on sait seulement qu'elle comprenait une grande partie de la population; et à en croire Denys d'Halicarnasse, la condition des clients aurait été celle des périœques et des serfs de la Grèce (n° 27). C'est peut-être aller trop loin; toujours est-il que si l'on juge de l'état des clients par celui des plébéiens, ils étaient plus près de la servitude que de la liberté. Les plébéiens étaient en dehors de la cité; les rapports entre eux et les patriciens étaient ceux qui dans l'antiquité existaient entre peuples étrangers. La séparation était religieuse et civile. Les plébéiens étaient exclus du culte des patriciens, ainsi que des magistratures et de toute part dans le domaine public. Les mariages entre patriciens et plébéiens n'étaient pas des unions légitimes, de même qu'il n'y en avait point entre peuples étrangers. Il fallut de longues luttes pour arracher au patriciat le droit de mariage et la participation aux droits politiques. L'égalité finit par régner dans la cité, en droit du moins; mais en fait une nouvelle noblesse se forma, et la guerre intestine recommença jusqu'à ce que le parti populaire l'emportât avec les Césars : l'égalité régna alors, mais ce fut l'égalité dans la servitude (2).

(1) L. 8 pr. D. XXVIII, 1 (qui testamenta facere possunt).
(2) Voyez les témoignages dans mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. III, p. 41 § II.

83. Les vaincus pouvaient bien moins aspirer à l
lité civile et politique que les populations qui habit
la Ville Eternelle. Dans les temps modernes, la con
est suivie de l'annexion, ce qui conduit à l'égalité la
complète des vaincus et des vainqueurs. Il n'en étai
de même dans l'antiquité. L'esclavage commença par
le lot de ceux que le cruel vainqueur ne mettait p
mort. Les cités grecques réduisaient leurs ennemis à
dépendance qui touchait à la servitude. Telle ne fut p
politique romaine. L'empereur Claude l'a exposée dan
discours qu'il prononça au sénat en faveur des pro
ciaux : « A quoi durent leur ruine Sparte et Athène
ce n'est qu'ils repoussèrent les *vaincus* comme des *ét
gers?* Ce ne fut point ainsi qu'agit Romulus ; plus
qu'eux, il fit des ennemis *vaincus* des *citoyens* de Rome
Citoyens, c'est trop dire ; Claude transporte dans les
miers temps de Rome l'œuvre telle qu'elle s'accomplit
l'empire. Ce qui est vrai, c'est que les Romains s'a
cierent les peuples conquis, en leur accordant la jouiss
de certains droits, civils ou politiques. Ici nous pou
admirer à notre aise le spectacle de la force et le gou
nement de la Providence. L'aristocratie romaine, ex
sive de sa nature, lutta pendant quatre siècles pour
les plébéiens en dehors de la cité ; comment aurait
ouvert la cité aux Italiens? Elle ne songea pas à fo
l'unité de l'Italie en associant les vaincus et les v
queurs ; elle poursuivait la domination ; mais pour se
surer, elle fut obligée de prendre appui sur les popula
italiennes, et c'est pour se concilier leur concours qu
leur faisait des concessions. Elle associa à la cité d
nante une partie des Italiens, ceux qui appartenai
la famille des vainqueurs ; elle plaça les autres dan
état de dépendance plus ou moins étroite, en leur com
niquant la jouissance des droits civils et en leur don
une certaine participation à l'empire. En leur concé
des droits, Rome avait pour but de diviser les Ita
entre eux, autant que de les unir au peuple-roi. S

(1) Tacite, *Annales*, XI, 24.

Italiens finirent par être associés aux citoyens de Rome, c'est à la suite d'une lutte sanglante, et grâce à la confraternité d'armes qui unissait les vainqueurs et les vaincus. La conduite des Romains était celle d'un vainqueur égoïste : dans les mains de Dieu, la passion des conquêtes devint le moyen d'unir les populations italiennes sous les mêmes lois. Nous avons été témoins de la résurrection de l'Italie; elle sera célébrée un jour comme un titre de gloire du dix-neuvième siècle. Pour être juste, l'histoire devra faire une part, dans ce prodigieux événement, à la conquête de Rome; c'est sous son administration que les Italiens devinrent un peuple, uni par la même langue et les mêmes mœurs; cette unité morale, œuvre de la force, a seule rendu possible le magnifique élan qui a constitué la patrie italienne (1).

84. Rome avait un intérêt capital à s'associer les populations guerrières dont elle était entourée, pour réaliser la conquête du monde avec leur concours. Elle atteignit ce but en accordant aux Italiens des droits civils et politiques dont la jouissance devait être pour eux une compensation de la liberté perdue : unis à la cité dominante, il voyaient leur propre gloire dans les triomphes des Romains. Mais Rome n'avait pas le même intérêt à s'unir aussi intimement les peuples placés loin d'elle, hors des limites de l'Italie. L'union était d'ailleurs impossible, dans l'ordre politique de l'antiquité. Rome formait une république municipale; les Italiens pouvaient à la rigueur venir voter dans les assemblées du peuple; mais comment les Grecs, les Gaulois, les Espagnols, les Africains et les Asiatiques auraient-ils exercé leur part de souveraineté? De là la différence fondamentale entre le sort des cités italiennes et celui des provinces. Les villes italiennes reçurent, les unes le droit de cité, d'autres la jouissance des droits civils; il y en eut qui durent se contenter du titre onéreux d'alliés, n'ayant que peu de droits communs avec les citoyens romains. Les provinces, au contraire, furent

(1) J'ai exposé, dans mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité* (t. III, p. 63, § III), la longue lutte qui aboutit à l'association des populations italiennes.

traitées en pays conquis. « C'était un ancien usage chez les Romains, dit Tite-Live, lorsqu'il s'agissait d'un peuple qui ne leur était uni, ni par des traités ni par une alliance égale, de ne le pas regarder comme réellement soumis, avant qu'il n'eût livré toutes ses choses divines et humaines, qu'on n'eût enlevé ses armes, et établi des garnisons dans ses villes. » Rome imposait la *loi* aux vaincus; les gouverneurs exerçaient le pouvoir absolu que donnait la conquête. Le proconsul arrivait dans la province à la tête des légions; l'élite de l'armée formait sa garde; il conservait l'appareil militaire jusque dans l'exercice du pouvoir civil; les provinciaux voyaient sans cesse « les verges menaçant leur dos, et les haches suspendues sur leurs têtes ».

Telle était la rigueur du droit de conquête. A vrai dire, la conquête de Rome fut moins dure que celle des Grecs; elle enlevait aux vaincus leur indépendance, sans les associer aux vainqueurs; mais elle ne rendait pas l'association impossible, en les réduisant en servitude. Les provinciaux conservaient leur liberté, leur constitution municipale, leurs lois, leur religion; seulement ils ne participaient en rien à la cité romaine. En ce sens ils étaient étrangers; mais il faut se garder de les confondre avec les étrangers proprement dits, que les XII Tables qualifiaient d'*ennemis* : les lois romaines les appellent *pérégrins* (1); on ne pouvait pas traiter en ennemis ceux qui étaient sujets de la république. Leur exclusion de la cité ne fut que provisoire. Il y avait dans la politique romaine une tendance invincible vers l'unité. Les provinciaux, avant leur soumission, étaient des Barbares; on ne pouvait pas d'un jour à l'autre les mettre sur la même ligne que les citoyens; il fallait commencer par les romaniser, ce fut par la puissance du droit que le vainqueur s'assimila les vaincus. Le contact des Romains avec les provinciaux étendit, par la voie des conventions d'intérêt privé, l'empire de cette législation dont l'action fut plus puissante que celle des arts de la Grèce; après quelques

(1) Ulpiani *Fragmenta*, V, 4.

siècles les vaincus devinrent Romains de mœurs, de langue, d'éducation; ce qui aboutit à les associer aux vainqueurs. Cette assimilation fut préparée par la politique des conquérants. Rome adoptait des citoyens, des villes, des peuples, en leur conferant des droits dont la jouissance les initiait à la cité. Tels étaient les droits des municipes et la latinité qui avaient si puissamment contribué à fonder l'unité de l'Italie ; leur extension aux provinces inaugura l'unité de l'Empire, que la constitution Antonine consacra (1). Avant d'arriver à l'unité du droit, je dois exposer le régime de la diversité.

N° 2. LES PÉRÉGRINS (2).

85. Le mot *pérégrins* est latin, il signifie *étrangers*. Je m'en sers pour éviter une confusion d'idées. L'étranger pérégrin n'est pas l'étranger ennemi dont je viens de parler (n° 81). Celui-ci est sans droit, tandis que l'autre jouit du droit que lui reconnaît la loi de la conquête. Dans le langage moderne, nous appelons étrangers les membres des Etats indépendants quand on les oppose aux nationaux ou indigènes d'un autre Etat. On ne peut pas donner ce nom aux pérégrins, puisqu'ils faisaient partie de l'Etat romain, à titre de sujets : ils étaient étrangers en tant qu'ils ne participaient pas à la cité romaine, ni aux droits qui en résultent, mais ils jouissaient de leur droit propre, et le contact des pérégrins avec les Romains finit par assimiler le droit des uns et des autres sous le nom de *droit des gens*. Dans cet ordre d'idées, les vrais étrangers étaient ceux que l'orgueil romain qualifiait de *Barbares*, les Germains, les Orientaux (3); les Romains ignoraient la plupart de ces peuples, ils ne connaissaient ni le nord de l'Europe, ni l'Asie orientale, ni la plus grande partie de l'Afrique.

(1) Voyez, sur les provinces, mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. III, p. 214, n° 4.

(2) Le droit qui régit les étrangers à Rome est très obscur. J'ai demandé à mon collègue, M. Van Wetter, une note sur la question; je la joins à cette Etude comme *Annexe*.

(3) *Real Encyclopædie der Alterthumswissenschaft*, au mot *Peregrini*, (t. V, p. 330).

86. Tous les pérégrins n'avaient pas la même con tion. Nous sommes si habitués au régime de l'unité, nous avons de la peine à comprendre la diversité infi qui régnait sous la domination romaine, jusqu'à ce qu constitution Antonine déclarât tous les habitants de l'E pire citoyens romains. Tant que les Italiens ne furent admis à la cité, ils étaient rangés parmi les pérégrins; effet, tous ceux qui n'appartenaient pas à la cité étai en ce sens, des étrangers. Alors même que les Latins tinrent la cité, la latinité subsista comme condition in médiaire entre l'étranger proprement dit et le cito romain. En 665, la latinité fut donnée à la Gaule tra padane. La guerre sociale avait menacé de détruir Ville Eternelle; pour prévenir une nouvelle lutte, le sé se vit obligé d'associer les vaincus et les vainqueurs, moins dans une certaine mesure. César poursuivit c œuvre, au grand scandale des vieux Romains, et mê de Cicéron, le philosophe cosmopolite : il fit don de la tinité à toute la Sicile, et il accorda le premier la qua de municipe à des villes situées hors de l'Italie. Les nicipes étaient encore une variété, car leurs droits di raient de ceux des Latins. Tous, malgré ces concessio restèrent pérégrins, puisqu'ils n'avaient point la c Venaient ensuite les alliés, dont il est impossible de ciser la condition, car elle variait d'un traité à l'au même en ce qui concerne les relations privées. J'en cit un singulier exemple. Après la défaite des rois de Ma doine, les Romains stipulèrent dans le traité de paix les Macédoniens conserveraient leurs lois, mais « qu'i serait permis à personne de se marier, de vendre d'acheter des terres ou des maisons hors de son trict (1) ». Le sénat voulait isoler et diviser les pop tions guerrières de la Macédoine, pour les empêche recommencer la lutte de la liberté contre la domina romaine. Au plus bas degré parmi les pérégrins se t vaient les peuples déchus de tout droit (*dediticii*) (2). La

(1) Tite-Live, XLV, 29.
(2) Voyez les détails et les témoignages dans mes *Etudes sur l'hi de l'humanité*, t. III, p. 189, § II.

était la servitude sous des mots humains; les vain-
ırs personnes et leurs biens devenaient la chose du
eur : cela s'appelait « se remettre à la foi du peuple
ı ». Il y avait encore des variétés jusque dans cette
on dégradante : les Bruttiens furent mis, à cause
· défection pendant la guerre punique, au service
gistrats comme esclaves et chargés de remplir les
ns de bourreau. La plupart des peuples sujets per-
une partie de leur territoire. Mais le sénat, dans
lente humanité, finissait par relever les vaincus de
.vilissant de la dédition, quand les passions s'étaient
s, et qu'il pouvait changer un sujet en un allié

Toutes ces catégories de personnes, les Italiens
ux *dedititii*, étaient qualifiés de *pérégrins* (1).
:re, ils étaient exclus de la cité, et du droit civil qui
: une dépendance de la cité et n'appartenait par
uent qu'aux citoyens romains. Les jurisconsultes
ıaient par les mots de *commercium* et de *connu-*
'ensemble des droits civils dont jouissaient les ci-
. Celui qui n'a point le *commercium* ne peut pas
ir la propriété romaine, ni contracter les obliga-
ui ont leur source dans le droit civil de Rome; il
.t tester, ni recevoir une hérédité ou un legs. Le
ıium est le droit de contracter un mariage ayant
s effets que le droit civil y attache. Ces effets sont
ërables. Le juste mariage est une condition essen-
ıour l'exercice de la puissance paternelle, et l'on
e cette puissance était établie dans l'intérêt du père;
:ion en dépendait, et les agnats seuls étaient admis
ëder. Les pérégrins n'avaient ni le *connubium* ni
mercium. Cela ne veut pas dire qu'ils étaient sans
Ils jouissaient du droit attaché à leur condition de
d'allié, de provincial; ils pouvaient même avoir une
ıe participation au droit civil, en vertu d'une con-
ı particulière; mais, en général, et je ne puis parler

ıien dit (*Lib. singul. Regul.*, XXII, 2) : « Dediticiorum numero
stitui non potest, quia peregrinus est. »

ici que de la généralité, tous ceux qui n'étaient pas citoyens étaient exclus du droit civil de Rome.

Tel était le droit strict. Le droit des gens amena, en faveur des pérégrins, une de ces transactions, si fréquentes chez les Romains, entre le droit civil et l'équité ou les besoins de la vie pratique. Ils furent admis à contracter mariage; le préteur créa une propriété à laquelle ils pouvaient prétendre. Dans les obligations, la force des choses l'emporta sur la loi; comment maintenir l'incapacité des pérégrins, au milieu du concours des habitants de l'empire à Rome? Ils furent reconnus capables d'obligations naturelles et même d'obligations civiles. L'exclusion fut maintenue pour les testaments; ici les relations journalières entre citoyens et étrangers n'étant pas en jeu, il n'y avait pas nécessité de changer l'ancienne jurisprudence (1).

N° 3. LE DROIT DES GENS.

88. Qu'est-ce que le droit des gens, qui vient modifier la rigueur du droit strict? Les jurisconsultes de l'empire divisent le droit en droit civil et en droit des gens. « Tous les peuples, dit Gajus, sont régis, en partie par un droit qui leur est propre, en partie par un droit qui est commun à tous les hommes. On appelle droit civil, le droit que chaque peuple s'est constitué; c'est le droit propre de chaque cité. On appelle droit des gens, celui que tous les peuples observent. » D'où vient ce droit qui se trouve chez toutes les nations, sans qu'elles se soient entendues pour l'établir? Gajus répond que le droit universel a sa source dans la raison naturelle, identique partout (2). Cela n veut pas dire que le droit des gens se confonde avec l droit naturel, fondé sur la nature de l'homme et des socié-tés civiles. Le droit des gens est un droit positif; il repose de même que le droit civil, sur les lois et les coutumes

(1) Voyez, sur le droit des pérégrins, mes *Études sur l'histoire de l'h manité*, t. III, p. 297 et suiv.

(2) Gajus, I, 1, et les passages des autres jurisconsultes recueillis p Voigt, *Das jus naturale der Römer*, t. I, p. 403, suiv.

or, il se peut que le droit positif de tous les peuples admette une institution qui soit contraire au droit naturel. Ainsi les jurisconsultes romains disent que l'esclavage est consacré par le droit des gens, parce qu'il était reçu par tous les peuples (1); mais il y en a qui ajoutent que la servitude est contraire au droit naturel, parce que, par le droit de la nature, tous les hommes, dans le principe, naissaient libres (2). Ce fait ne se concilie guère avec la définition de Gajus, et on lui en a fait un reproche. Toutefois on peut l'expliquer, en ce sens qu'il est vrai, en général, qu'une institution admise par tous les peuples est fondée en raison. Gajus conclut que Rome aussi a son droit civil qui lui est propre, tandis qu'une autre partie de son droit lui est commune avec tous les peuples.

Le jurisconsultes de l'Empire ne font que constater les derniers résultats d'une révolution séculaire. Dans les premiers siècles de Rome, on ne savait rien du droit des gens; le droit civil est né et s'est développé dans l'enceinte de la ville éternelle, sans subir l'influence d'un droit commun à tous les peuples, que les Romains ne pouvaient pas même connaître. C'est par la guerre qu'ils entrèrent en relation avec les nations étrangères; c'est par la guerre qu'ils apprirent l'existence d'un droit des gens, et comme le droit des gens a profondément modifié le droit civil, il faut dire que c'est la guerre qui a contribué à modifier le droit civil, et qui a transformé un droit étroit, barbare, en un droit universel qui mérita d'être appelé la raison écrite. Le fait est certes digne de remarque. Faut-il demander si la force, dans toute sa brutalité, la conquête, s'était donné pour mission d'humaniser le droit? Qui donc lui a donné cette mission? Qui, sinon la Providence divine? Le fait vaut la peine que l'on s'y arrête, puisqu'il s'agit des premières origines de notre droit, c'est-à-dire d'une face de notre vie.

89. Le droit romain doit son origine à la force, et il a conservé cette empreinte dans toutes ses manifestations.

(1) *Institutes*, I, 52.
(2) Marcien, Florentin, Triphonien.

Gajus dit que le butin était considéré comme le me
moyen d'acquérir la propriété (1). J'emprunte le com
taire de cette proposition à Ihering, le jurisconsulte
mand qui a le mieux exposé l'esprit du droit romai
La propriété ne s'acquérait pas seulement par la f
c'est aussi par la force qu'elle se transmettait. Dan
idées modernes, les biens s'acquièrent et se transm
par voie de contrat. A Rome, la propriété n'est
chose que le droit sur l'objet capturé; c'est comme s
d'après le droit de butin que le maître la cède, mais
en acquérir la propriété, il faut que l'acheteur me
main dessus, comme avait fait le vendeur; il la lui e
et joue ainsi le rôle de celui qui s'empare d'une chos
la force. Le terme pacifique d'*emere* est identique
les termes violents qui marquent l'occupation guerr
capere, *rapere* : c'est l'idée de butin qui domine da
vente. Le symbole de la propriété était la lance;
figure dans tous les actes publics qui ont rapport av
propriété : le mot s'est conservé dans l'expressio
subhastation, pour marquer la vente publique des b
La force caractérise encore ce qu'il y a de plus
dans la vie humaine : l'homme (*vir*) est un guerrier,
vertu par excellence est le courage guerrier (*virtus*).
arrivons à la formule qui résume l'antique droit de R
« Le guerrier (*vir*) exerce sa force (*vis*) au moyen
lance (*hasta*), et il soumet les personnes et les cho
son pouvoir (*manus*). » Ihering conclut par ces pa
qui paraîtront étranges : « La force individuelle est
gine du droit. » Est-ce à dire qu'il faille glorifier la
et l'identifier avec le droit, comme l'a fait Proudho
renouvelant la doctrine des sophistes d'Athènes?
certes : la force est l'origine historique du droit, ma
premiers Romains, en butinant, n'entendaient point
le droit, et ce n'est pas la force brutale qui le crée. I

(1) Gajus, IV, 16 : « Maxime sua esse credebant, quæ et hostibus
sent. »

(2) Ihering, *L'Esprit du droit romain, dans les diverses phases*
développement. Je suis l'excellente traduction de M. de Muelenaere
1877, 4 volumes).

tons avec Bossuet que les hommes ne font pas ce qu'ils veulent faire; ils ne le font surtout pas alors qu'ils sont encore enfants. Celui qui dirige nos destinées a dit à la force : Tout en obéissant à tes passions violentes, tu engendreras le droit.

90. La force régnait jusque dans le foyer domestique. Au conseil d'Etat, Napoléon a dit que le mariage est l'union des âmes. Il n'en était pas ainsi à Rome. La famille ne reposait pas sur l'affection ; c'est la force, représentée par l'homme, mari et père, qui y domine. La femme sous puissance est considérée comme la fille de son époux ; il est le maître absolu de sa personne et de ses biens ; il est son juge, quand même elle n'est point sous sa puissance ; il peut, dans un tribunal domestique, la condamner à mort.

« La puissance paternelle, dit Gajus, est particulière au peuple romain ; il n'y a pas d'hommes qui aient sur leurs enfants un pouvoir aussi étendu que le nôtre. » En effet, le père a le droit de domaine sur ses enfants, comme s'il s'agissait de choses : il peut les vendre, les exposer, les mettre à mort.

91. Comment ce droit si dur s'est-il assoupli ? comment un droit étroit, né dans les murs d'une cité, s'est-il élargi jusqu'à devenir un droit universel ? C'est dans les relations étendues que la guerre établit entre Rome et les autres peuples qu'il faut chercher la cause principale de cette étonnante révolution. Le contact des hommes étend le cercle de leurs idées et de leurs sentiments. A mesure que les légions poursuivirent leurs conquêtes, des rapports d'intérêt se formèrent entre les Romains et les étrangers ; les Romains acquirent la connaissance des lois qui régissaient les peuples, tous les jours plus nombreux, avec lesquels leurs victoires les mettaient en communication. Ils remarquèrent qu'il y avait dans ces lois et dans celles de Rome un élément commun ; ils le qualifièrent de droit des gens, parce qu'il se rencontrait chez toutes les nations. Ce droit s'étant développé d'une manière uniforme chez les divers peuples, devait avoir sa source dans les notions du juste et de l'injuste innées à l'homme. Il était impos-

sible que le droit des nations et le droit de Rome coexistassent sans que le droit subît l'influence du droit général de l'humanité; ce qu'il y avait d'étroit et de barbare dans le droit civil fut modifié par le droit des gens. C'est des conquêtes de Rome qu'est né cet esprit universel qui a fait du droit romain le code de l'humanité. Les préteurs furent les organes de la révolution qui se faisait dans les mœurs. Ils se gardèrent de toucher à la famille, à la propriété, aux obligations, telles que le droit strict les avait organisées. Mais à côté du mariage civil, ils créèrent un mariage valable d'après le droit des gens; à côté de la parenté romaine, une parenté naturelle; à côté de la propriété quiritaire, le domaine bonitaire; à côté des formes sévères de la stipulation, des formes libres et accessibles aux étrangers (1). C'est ainsi que le droit strict, procédant de la force, s'est développé par la force, et est devenu un droit qui passe pour l'idéal de la justice. Il y a certes, dans cette œuvre prodigieuse, autre chose que la force; il y a l'esprit juridique, que les Romains possédaient au plus haut degré. Mais voilà un nouveau prodige, dont on chercherait vainement l'expression dans la volonté et la liberté humaines. Je demanderai qui a formé cette nation de guerriers et de juristes? Qui a doué le peuple-roi, tout ensemble de la passion de la conquête et du génie du droit?

N° 4. LA JUSTICE INTERNATIONALE.

I. *Le patronat.*

92. Les Romains ne connaissaient point le droit international privé, tel que nous l'entendons aujourd'hui. Cependant les hommes ne sauraient vivre sans l'exercice de la justice. Vainement dit-on que la force régnait dans l'antiquité; cela est vrai, mais il est vrai aussi qu'il devait y avoir un autre élément que la force, sinon la société se serait dissoute aussitôt que formée. Il n'y a pas

(1) Voyez les témoignages dans mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. III, p. 290, § II, n° 1.

de société possible sans l'action du droit. Cela est d'évidence dans l'intérieur de la cité ; la cité n'est autre chose que la coexistence des hommes sous l'empire de la loi. Cela est tout aussi évident dans les relations des diverses cités. Les traités établissent entre elles un état de paix qui permet aux hommes de nouer des rapports d'intérêt privé ; et là où il y a des liaisons juridiques, il s'élève aussi des contestations. Qui les jugera? et d'après quel droit? En théorie, on peut répondre qu'elles devaient recevoir une décision quelconque ; mais, en fait, nous ignorons qui étaient les juges, comment on procédait lorsqu'il y avait un étranger demandeur ou défendeur, et nous ne savons pas d'après quel droit le jugement était rendu. Tout ce qu'il est permis d'affirmer, c'est que l'hospitalité et le patronat ont été la première forme de la justice internationale (1).

93. A Rome, comme dans les cités grecques (n° 71), le service le plus important que l'hôte était appelé à rendre à l'étranger consistait à le défendre en justice. Les premiers citoyens de Rome regardaient comme un glorieux privilége de protéger leurs hôtes, de les garantir des injustices et de veiller à leurs intérêts. On donnait à ces hommes généreux le titre de *patron* (2). Le *patronat*, d'abord individuel, fut étendu à des cités, à des peuples étrangers. Cicéron était patron de la Sicile, Caton de l'île de Chypre ; les Fabius étaient défenseurs des Allobroges, les Claudius des Lacédémoniens. En quoi consistait la protection que l'hospitalité offrait aux étrangers? Les noms que je viens de citer se rapportent aux derniers temps de la république, donc à une époque où les peuples étrangers étaient entrés, à un titre quelconque, dans l'unité romaine ; ils étaient *pérégrins*, et par conséquent capables de droit, les patrons leur servaient de défenseurs ; c'était un appui, plutôt qu'une nécessité juridique, car les pérégrins pouvaient, à la rigueur, agir eux-mêmes en justice (3).

(1) Ihering, *Esprit du droit romain*, t. I, p. 233.

(2) Voyez, sur l'hospitalité et le patronat, mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. III, p. 66, n° 1.

(3) Les étrangers pouvaient-ils agir en justice sans patron? Controversé. (Sell, *Die recuperatio der Römer*, p. 132, note 2.)

Il n'en était pas de même dans les premiers siècles de Rome. L'étranger étant sans droit (n° 81) ne pouvait ester en jugement. Il est probable que le *patronat* lui offrait le moyen de défendre ses droits. Le nom de *patron* rappelle l'antique clientèle; et, ce qui me paraît décisif, les écrivains latins mettent sur la même ligne les clients et les étrangers qui avaient un hôte à Rome; or, les clients étaient représentés en justice par leurs patrons; c'est cette représentation qui leur permettait d'agir. Il est probable qu'il en était de même, dans la haute antiquité, des étrangers qui entraient dans un rapport de clientèle avec leur patron.

91. Le patronat tomba en désuétude; Cicéron en parle comme d'une institution des vieux temps, oubliée, et que les bons citoyens cherchaient à rétablir. Ne serait-il pas plus vrai de dire que, si le patronat n'était plus usité, c'est que les nécessités qui l'avaient introduit n'existaient plus? Si l'assimilation de l'étranger patroné et du client est exacte, il en résultait pour l'étranger une certaine dépendance, et presque une diminution de sa liberté. D'un autre côté, la protection que la clientèle donnait à l'étranger n'était pas toujours efficace : on vit parfois les patrons se liguer avec les magistrats pour étouffer les plaintes des alliés opprimés. Il y avait une garantie plus efficace, celle de conventions internationales qui assuraient une justice complète aux membres des États contractants. De même que la paix n'existait qu'en vertu d'un traité, de même l'étranger n'acquérait la jouissance du droit civil, à Rome, qu'en vertu d'une convention. D'ordinaire c'était le même acte qui établissait la paix et une certaine communication du droit civil entre les peuples voisins. Telle fut l'alliance entre Rome et la confédération latine. C'est un des plus anciens monuments du droit international public et privé; il mérite une place dans l'histoire que j'essaye d'écrire :

« Il y aura paix entre les Romains et les Latins, tant que le ciel et la terre seront à leur place. Aucun des deux peuples ne fera d'invasion chez l'autre; nul n'appellera l'étranger, ni ne lui accordera passage pour attaquer son

allié. Si l'un des peuples est attaqué, l'autre viendra à son secours avec toutes ses forces. Ils partageront également le butin et ce qu'ils auront conquis en commun. Les contestations des particuliers seront jugées dans les dix jours, et dans le pays où l'affaire a été conclue. » Denys d'Halicarnasse qui rapporte ce traité, le qualifie d'*isopolitie*. C'était une alliance politique, plutôt que la concession des droits de suffrage et d'admissibilité aux fonctions publiques. Le traité assurait aux Latins et aux Romains la jouissance réciproque des droits civils de propriété et de mariage, ce qu'on appela plus tard le *commercium* et le *connubium*.

Il est probable que Rome avait fait des conventions isopolitiques avec toutes les populations italiennes (1); les nécessités du commerce l'exigeaient. Le commerce contribua avec la guerre à briser l'isolement des peuples dans l'antiquité, et les relations commerciales auraient été impossibles si le citoyen était resté sans droit, dès qu'il sortait de sa cité. La politique de Rome et les desseins de la Providence concouraient au même but : les Romains voulaient dominer, et Dieu voulait unir les populations.

93. Les conventions internationales qui établissaient une communauté de droit civil étaient suivies d'ordinaire de la nomination d'un patron public qui prenait en main la défense de la cité étrangère. C'était le complément de l'alliance : on l'appelait le *fœdus patrocinii*. Le patronat public complétait les garanties que le traité donnait aux étrangers. C'était une institution publique : le sénat nommait les patrons, en prenant en considération les vœux des alliés, ou il chargeait le préteur de les désigner. Un acte public constatait ces relations ; on l'affichait parfois à la porte du patron ; c'est ainsi que les hôtels de nos envoyés diplomatiques avertissent par leurs armes le voyageur qu'il y trouvera appui et secours. Le patronat offrait à l'étranger une partie de la protection que les ambassa-

(1) Voyez les témoignages dans Voigt. *Das jus naturale der Römer*, t. II, 1, p. 139, § 23, p. 147; § 24, p. 200, 211 et suiv.; et Sell, *Die recuperatio der Römer*, p. 88 et suiv.

deurs et les consuls assurent aujourd'hui dans le m
entier aux habitants des pays civilisés.

II. *Les récupérateurs et le préteur pérégrin.*

96. Les patrons avaient pour mission de défendı
étrangers en justice. Quels étaient les juges? Ils
connus sous le nom de *récupérateurs*; le nom est à
près tout ce que l'on en sait. Walter dit, dans son
toire du droit romain, que, malgré les recherches
savants, tout est incertain en cette matière. Je dois c
dant m'y arrêter, puisque c'est la première forme de
tice internationale que l'on rencontre dans l'histoire (

Le nom que portent les juges indique l'objet prin
de leur mission; on les appelait *reciperatores*, parce c
ordonnaient la restitution des choses enlevées entre
sins (2). Vainement les traités établissaient une paix
pétuelle, les habitudes de pillage ne s'extirpent pas
des conventions; il fallait l'intervention fréquente d
justice. Les plaintes ne pouvant être portées devan
juge romain, puisqu'il y avait un étranger en cause
institua un tribunal particulier. Quand le commerce
la place du pillage, la compétence des juges internatio
s'étendit à toutes les contestations qui s'élevaient entr
alliés et les Romains (3). Les étrangers entre eux
vaient aussi porter leurs actions devant les récupérat
cela est du moins probable, puisque les traités av
pour objet d'établir en faveur des alliés un état de
et de remplacer la force par le droit. La justice int
tionale suppose l'existence d'une convention; en l'abs
d'un traité, la force régnait, il n'y avait pas de droit
l'étranger.

97. Devant quel tribunal l'action était-elle po
Pour les délits, on commença par s'adresser aux féci

(1) Je ne fais que résumer l'ouvrage de Sell, *Die recuperatio der*
(1837), une excellente monographie. Comparez *Real Encyclopæd*
Alterthumswissenschaft, au mot *Recuperatio* (de Haakh).

(2) On lit dans Festus, au mot *Reciperatio* : « Lex convenit, qu
per reciperatores res *reddantur reciperenturque*. »

(3) « Resque privatas inter se persequantur. »

qui réclamaient l'extradition du coupable. C'était un moyen énergique, mais compliqué, d'obtenir justice; au cas où l'extradition était refusée, la justice devenait impossible, et la force reprenait son empire. On finit par abandonner cette voie en poursuivant le coupable devant le tribunal de sa patrie. En matière civile, on ne portait pas le procès devant le juge du domicile du défendeur : cela eût nécessité des déplacements, des frais de voyage; et les conventions se faisant en présence de témoins, comment le juge étranger aurait-il pu constater les faits? Il était plus simple de saisir le juge du lieu où le contrat avait été passé. Cette marche présentait cependant un inconvénient. Si l'acheteur ne payait pas le prix, et s'il quittait le lieu où le marché avait été conclu, la poursuite devenait difficile et parfois impossible. Il fallait donc des garanties au demandeur. Le défendeur devait donner caution de comparaître; à défaut de cautionnement, il était emprisonné : c'est l'origine de la contrainte par corps, à laquelle l'étranger a été soumis jusqu'à nos jours. Dans l'intérêt de chacune des parties, il fallait une procédure sommaire et prompte; le traité entre Rome et les Latins fixait un délai très bref, de dix jours, dans lequel le procès devait être décidé. L'exécution du jugement présentait de nouveaux dangers pour la partie qui avait obtenu gain de cause; si l'étranger était condamné, comment le forcer à satisfaire à ses obligations? On força la partie qui succombait à fournir caution d'exécuter le jugement; à défaut de garantie, elle était emprisonnée. Dans ces temps de barbarie, où la bonne foi n'était guère respectée, la contrainte par corps était une véritable nécessité.

98. Le tribunal des récupérateurs, à la différence du juge unique des Romains, formait un collége, ordinairement de trois membres. Des pérégrins pouvaient y être appelés, et il est probable que régulièrement il y avait au moins un pérégrin parmi les trois juges; c'était une garantie précieuse, car le juge étranger pouvait seul connaître les usages que l'une des parties avait eus en vue en contractant. Comment les juges étaient-ils nommés? On ne le sait. Le magistrat les désignait-il avec droit de ré-

cusation pour les parties? Ou les parties choisissaient-elles chacune un juge, et le magistrat désignait-il le troisième sauf récusation? Ou le tiers arbitre était-il nommé, soit par les parties, soit par les deux juges? Tous ces points sont douteux. Il y a une difficulté plus grave : d'après quel droit les récupérateurs jugeaient-ils? La question se rattache directement au droit civil international; j'y reviendrai.

99. La justice internationale suppose l'existence d'Etats indépendants qui établissent entre eux une communauté de droit. Telle était la condition des peuples italiens dans les premiers siècles de Rome; mais ils perdirent l'un après l'autre leur indépendance; le vainqueur leur donna, en compensation de la liberté perdue, la jouissance des droits civils, puis des droits politiques; enfin tous les Italiens furent admis dans la cité. Dès lors les récupérateurs disparaissent. Il est vrai qu'il restait encore des étrangers à Rome, et leur nombre alla tous les jours croissant; c'étaient les pérégrins des Etats assujettis et successivement réduits en provinces; il n'y avait pas lieu pour eux à la justice internationale des récupérateurs, puisqu'ils étaient sujets de la république : on créa un magistrat spécial, le préteur pérégrin, chargé de dire droit entre pérégrins, et entre pérégrins et Romains (A. 507 U. C.). Dès lors le tribunal des récupérateurs n'avait plus de raison d'être; il disparut à Rome, mais il se maintint dans les colonies et les provinces.

100. Les colonies des Romains étaient un instrument de domination; Rome s'établissait au milieu des vaincus, pour assurer leur soumission. De là la dépendance dans laquelle les colons restèrent toujours à l'égard de la mère patrie. A vrai dire, il ne faisaient que changer de demeure; du reste, ils conservaient, dans leur nouvel établissement, les droits dont ils jouissaient auparavant. S'ils étaient latins, ils avaient le droit de latinité; s'ils étaient citoyens romains, ils jouissaient du droit de cité avec toutes ses prérogatives. Quant aux indigènes, c'étaient des vaincus et, à ce titre, sujets de Rome. Il n'y avait donc pas lieu à une justice internationale : les colons étaient régis par le droit civil, et soumis à la juridiction romaine

es indigènes étaient des pérégrins, la loi de la conquête léterminait leur condition. Quant aux relations entre les colons et les indigènes, ce n'étaient pas des rapports internationaux, mais des rapports entre citoyens et pérégrins. Toutefois, on étendit aux colonies ce qui se pratiquait à Rome. Avant l'établissement du préteur pérégrin, les procès entre Romains et pérégrins étaient portés devant le tribunal des récupérateurs, de même que les contestations entre pérégrins. On fit la même chose dans les colonies.

101. Les provinces n'étaient pas avec Rome dans des relations qui pussent donner lieu à des traités, ni, par conséquent, à une justice internationale. Rome ne traitait pas avec les vaincus, elle leur imposait la loi de la conquête. Le vainqueur ne leur communiquait pas son droit civil; les provinciaux continuaient à jouir de leurs coutumes nationales. En principe, il n'y avait donc pas lieu à la juridiction des récupérateurs dans les provinces. Toutefois, on trouve partout, dans les provinces, les récupérateurs comme juges des provinciaux entre eux, ainsi que des citoyens avec les provinciaux. C'est une anomalie qui s'explique par la prudente politique de Rome. Elle évitait de changer quoi que ce fût aux usages et à la vie des populations qu'elle réduisait en provinces. Or, avant d'être sujets, les provinciaux avaient été alliés, amis du peuple romain et, à ce titre, ils étaient jugés par des récupérateurs, qu'ils choisissaient eux-mêmes ou à l'égard desquels ils avaient au moins le droit de récusation. C'était une espèce de liberté, qui ne portait aucun ombrage à Rome; elle la laissa aux vaincus. Voilà pourquoi les récupérateurs furent maintenus pour juger les procès que les provinciaux avaient soit entre eux, soit avec des citoyens romains.

III. *Le droit international privé.*

102. La justice internationale suppose qu'il existe un droit d'après lequel le juge décide les contestations qui s'élèvent entre étrangers et nationaux, ou entre étrangers.

Comme il y avait à Rome une justice internationale, on pourrait croire que les Romains connaissaient le droit international privé, tel qu'on l'entend aujourd'hui. Ce serait une erreur. Pour qu'il y ait un droit civil international dans le sens moderne, il faut que le droit soit considéré comme inhérent à la personne, au moins en partie, c'est-à-dire que l'homme conserve son droit national, dans de certaines limites, hors du territoire auquel il appartient, ce qui implique que le droit est attaché à la personne et non au citoyen. Or, les Romains, pas plus que les Grecs, n'avaient une idée d'un droit personnel. Le droit civil était propre au citoyen; l'étranger en était exclu, et le Romain le perdait en perdant la cité. Quant au droit des gens, c'était un droit commun à toutes les nations, le même partout. Cela rendait tout conflit impossible entre les deux droits, car le droit des gens faisait partie du droit civil. Il y avait encore, il est vrai, le droit particulier aux divers Etats successivement réduits en provinces. Ce droit variait à l'infini, comme les coutumes dans notre ancienne jurisprudence; chaque cité de la Grèce, par exemple, avait le sien. Entre ces droits divers, le conflit était possible et, partant, il pouvait naître un droit international privé. Cependant, il n'y en a aucune trace dans les lois romaines, preuve certaine que ce droit n'existait point. La raison en est toujours que les anciens ne s'étaient pas élevés à l'idée de la personnalité du droit. Reste à savoir comment les juges décidaient quand il y avait un étranger en cause.

103. Depuis que le droit est parvenu à l'unité dans les divers Etats, les questions de droit civil international s'agitent entre les sujets de ces divers Etats, donc entre étrangers. Quand il s'agit de Rome, il faut écarter cette hypothèse. Les Romains se disaient les maîtres du monde; il y avait, à la vérité, des peuples que Rome n'avait pas vaincus; mais elle les ignorait, ce qui rendait tout contact et tout conflit impossibles; ou elle les traitait de Barbares, et entre les Barbares et les citoyens il n'y avait aucun lien de droit, donc il ne pouvait surgir un conflit. Ceux qui sont les plus favorables aux Barbares supposent

qu'ils étaient régis par les lois romaines; s'il en était ainsi, on ne tenait aucun compte de leur nationalité ni de leur personnalité ; ils étaient assimilés aux choses qui se trouvent dans le territoire d'un Etat, et qui sont régies par les lois de cet Etat. C'est le système de la réalité absolue, ce qui exclut toute notion d'un droit international.

Dans notre ancienne jurisprudence régnait le principe des statuts. Les diverses provinces d'un même Etat avaient conservé leurs coutumes, d'où résultait une grande variété de droit, d'une province à l'autre, et même d'une ville à l'autre. On admettait que les coutumes étaient réelles, c'est-à-dire qu'elles n'étendaient pas leur empire au delà des limites de leur territoire; mais ce principe était modifié par le statut personnel, lequel suivait la personne partout. Il y avait donc un droit international privé dans les Etats où régnait cette diversité de coutumes. Est-ce que le droit international, sous cette forme, existait dans l'empire romain? Non. S'il y avait diversité de droit, elle dérivait d'une tout autre cause. Le droit civil était l'apanage du citoyen, dans toute l'étendue de la république, partout où il se trouvait (1). Voilà déjà un élément que l'on ne rencontrait pas dans les pays de statuts. Les pérégrins à Rome étaient jugés d'après le droit des gens, droit unique, commun à toutes les nations; cette idée est complètement étrangère à notre ancienne jurisprudence. Les bases de la théorie des statuts manquaient donc à Rome. Partant il ne pouvait y avoir entre les divers habitants de l'empire un droit civil international variant d'après la nature des statuts.

104. Comment se décidaient les procès dans les tribunaux internationaux qui existaient à Rome et dans les provinces? Pour le préteur pérégrin, il n'y a aucun doute : il est l'organe du droit des gens, qu'il emprunte aux peuples avec lesquels les Romains avaient été mis en rapport, et qui, successivement assujettis, formaient la classe nombreuse des pérégrins. Le préteur le formulait

(1) Wächter, *Die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten*, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. 24, p. 242.

dans son édit. Ce n'était pas un droit imposé aux pérégrins, puisque c'est dans le droit même des pérégrins que le préteur le puisait, en le dépouillant de toute particularité nationale; la substance du droit des gens était fondée sur l'équité naturelle. Il formait la règle, non seulement entre pérégrins, mais aussi entre pérégrins et Romains; il n'en résultait pas que les citoyens fussent soumis à un droit étranger, car le droit des gens faisait partie du droit civil, le préteur romain cherchant à accommoder le droit étroit et dur de Rome au droit plus équitable que la raison naturelle avait introduit chez toutes les nations. Ainsi, le Romain pas plus que le pérégrin ne pouvaient invoquer le droit qui leur était propre : tant que le citoyen était en rapport avec des citoyens, il restait sous l'empire du droit civil. Dès qu'il entrait en relation avec un pérégrin, le droit des gens était la seule règle du juge. Il en devait être ainsi, même pour ce qui concerne l'état et la capacité ou l'incapacité du Romain; les textes gardent le silence sur ce point, parce que les jurisconsultes n'avaient aucune idée d'un statut personnel. Quand des pérégrins étaient en cause, le juge écartait le droit civil, pour s'en tenir au droit des gens. Nouvelle preuve que les Romains n'avaient pas le soupçon d'un droit international privé.

105. D'après quel droit les récupérateurs jugeaient-ils les différends qui leur étaient soumis? Dans le principe, les récupérateurs étaient des juges internationaux, établis à la suite d'un traité par lequel deux Etats indépendants établissaient entre eux la paix et la communauté de droit (n° 96). Voilà une situation dans laquelle aurait pu se former un droit international privé. Cependant il n'en fut rien. Si les Romains avaient eu l'idée d'un droit analogue à celui qui régit aujourd'hui les étrangers dans leurs rapports avec les nationaux, ils n'auraient pas eu besoin de créer un tribunal spécial : tout au plus fallait-il organiser une procédure plus prompte et plus sommaire. Une juridiction spéciale suppose un droit spécial. Quel était ce droit? On ne le sait. Comme le tribunal était mixte, on peut croire que le droit aussi n'était ni le droit romain ni le droit étranger, et que les juges prenaient en considé-

ils établirent un préteur pour les étrangers pére-
: le préteur ne suivait ni le droit particulier de
ger, ni le droit particulier de Rome; il créa un
spécial. Cela exclut le droit international privé, tel
l'entend aujourd'hui (1).

supposé que le débat existait entre un Romain et
anger. Quelle règle suivait-on quand des étrangers
étaient en cause? On l'ignore. Il est assez probable
les étrangers appartenaient à la même nation, les
érateurs appliquaient leur loi nationale. Si les étran-
taient de nation différente, il pouvait y avoir conflit :
loi les juges suivaient-ils dans ce cas? Les témoi-
s manquent. Il me semble qu'il faut dire, pour les
gers entre eux, ce que l'on admet entre Romains et
gers, c'est-à-dire que les récupérateurs créaient une
spéciale. Dire, comme on le fait (2), que le juge
it d'après la loi du débiteur, c'est se placer sur le
n du droit international moderne, que les Romains
nnaissaient point; et l'équité que l'on invoque en
du débiteur aurait tourné contre le créancier. Dans
ies romaines, c'est toujours une seule et même loi
git les parties plaidantes, soit droit romain, soit droit
ger, soit droit mixte, qui plus tard devint le droit
ens.

6. Les récupérateurs étaient aussi juges dans les
nces. D'après quel droit décidaient-ils? Il n'y a aucun

de les soumettre au droit romain, puisque ce droit éta un privilége du citoyen. Lorsqu'un procès s'élevait entr provinciaux, les récupérateurs jugeaient d'après le dro des provinciaux : c'était un droit local, en ce sens qu' régissait seulement la province qui, avant la conquête formait un Etat indépendant. Est-ce à dire que les Romain suivaient le principe du statut réel? Non certes. Il y avai dans les provinces un grand nombre de citoyens romains qui conservaient le privilége de leur droit civil dans le contestations où eux seuls étaient en cause. On pourrai croire que le droit des provinciaux était un droit person nel, comme le droit civil des citoyens. Il n'en est rien Quand les provinciaux plaidaient à Rome, ils étaient con sidérés comme pérégrins et, à ce titre, le préteur péré grin leur appliquait, non le droit de leur province, mai le droit des gens (n° 104).

Quel droit les récupérateurs appliquaient-ils quand il y avait procès entre un provincial et un citoyen romain Les lois rupiliennes décidaient la question en ce qui con- cerne la Sicile : les Romains demandeurs étaient régis par la loi du Sicilien défendeur; quand les Romains étaient défendeurs, on suivait l'édit du proconsul, lequel reproduisait l'édit du préteur. Est-ce que tel était le droit commun des provinces? Non, la Sicile était privilégiée, elle fut longtemps traitée comme alliée et amie; les Ro- mains avaient intérêt à ménager un pays qui était le grenier de l'Italie. La situation des Siciliens se rappro- chait de celle des Grecs d'Asie, qui se disaient autonomes et étaient fiers de leur liberté. Dans les autres provinces, l'édit du proconsul faisait connaître le droit qui devait être appliqué; c'était celui du préteur, donc le droit des gens, depuis l'établissement d'un préteur pérégrin (1).

N° 5. LA CONSTITUTION ANTONINE.

107. Une loi, connue sous le nom de *constitution antonine*, accorda le droit de cité à tous les sujets d

(1) Spanheim, *Orbis romanus*, p. 192 et 186.

empire (1). C'était une idée impériale : Mécène en avait donné le conseil à Auguste. « Les sujets de l'empire, disait-il, ne regarderaient plus leurs anciennes patries que comme les campagnes et les bourgades de Rome, qui serait la cité unique de l'univers ». Sous Auguste, la mesure eût été prématurée. Il s'agissait, d'une part, d'enlever aux citoyens romains le privilége d'une cité dominante, pour le communiquer aux vaincus; or, les premiers Césars ménageaient encore l'orgueil du peuple-roi. D'autre part, les provinciaux tenaient aussi à leur patrie, il fallait une longue communauté d'existence pour préparer l'association des vainqueurs et des vaincus. Les empereurs commencèrent par rattacher les provinces à Rome en accordant aux unes le titre d'alliée, aux autres la latinité et même la cité à quelques villes. Les Antonins surtout furent prodigues de ces faveurs, ce qui était en harmonie avec leur cosmopolitisme. Ce fut le plus indigne des Césars, Caracalla, qui consomma la révolution.

108. Il y a des doutes sur la portée de la constitution antonine. S'appliquait-elle à tous ceux qui habitaient l'empire romain, et à ceux qui viendraient s'y établir? Je crois que non. Dion Cassius nous dit le motif pour lequel Caracalla donna le droit de cité aux habitants de l'empire; il voulait étendre aux provinciaux les impôts que les citoyens romains étaient seuls tenus de payer. L'empereur avait donc en vue les pérégrins, c'est-à-dire les sujets de Rome; il ne songeait pas aux Barbares. C'est en ce sens que Justinien interprète la constitution antonine; il dit qu'Antonin le Pieux (qu'il croyait être l'auteur de la loi) accorda le droit de cité aux pérégrins, sujets de l'empire. Les étrangers proprement dits ne profitèrent donc point du bienfait de la constitution impériale : tout en exaltant ce bienfait, les écrivains latins avouent que les Barbares et les esclaves étaient toujours étrangers dans la cité unique de l'univers entier.

Quelque cosmopolites que fussent les empereurs, ils

(1) Voyez, sur cette constitution, mes *Études sur l'histoire de l'humanité*, t. III (*Rome*), p. 282, § I.

étaient Romains, et un Romain ne pouvait songer à transformer des Barbares en citoyens. La révolution que l'auteur de la constitution antonine ne pouvait prévoir s'accomplit plus tard, quand les Barbares en masse furent appelés par l'empire aux abois, pour cultiver les terres désertes et pour remplir les légions vides. Ces populations faisaient partie de l'empire, soit comme sujets, soit comme alliés : à ce titre, la loi de Caracalla leur était applicable.

109. La constitution de Caracalla eut une conséquence importante, en ce qui concerne le droit qui régissait les habitants de l'empire : la cité étant étendue à tous, le droit romain leur devenait par cela même applicable; partant, toute diversité du droit disparut, dans l'immense domination de Rome. Les écrivains de l'empire, dans leur langage déclamatoire, proclamaient que le monde entier était romain, régi par une seule et même loi. Toutefois, les terribles Barbares approchaient, et l'on était bien obligé d'admettre qu'il y avait un monde barbare en dehors du monde romain; on l'appela *Barbaria*, par opposition à *Romania*. Dans l'intérieur même de la Romanie, il y avait des cités libres qui conservèrent leur droit et leur autonomie, et des peuples alliés, dont la condition était celle des pérégrins (1). Le nom de *libres* que prenaient les cités autonomes est significatif; cela prouve que la communication de la cité et du droit romain était considérée comme une diminution de liberté, une espèce de servitude; en effet, elle entraînait l'abolition du droit national, le dernier vestige de leur ancienne liberté qui restât aux vaincus.

110. Il n'est donc pas vrai de dire, comme on le croit, que le droit romain devint un droit territorial, par suite de la constitution antonine. S'il était devenu territorial, les Barbares en auraient profité, ce qui est contraire aux témoignages que je viens de citer (n° 108). De même, on ne comprendrait pas, dans cet ordre d'idées, que les villes libres et les peuples alliés eussent un droit différent de la loi réelle. Enfin il y avait encore une catégorie de Latins

1) Voyez les détails dans Spanheim, *Orbis romanus*, p. 295, suiv.

qui restèrent exclus de la cité ; la distinction subsista jusqu'à Justinien, qui l'abolit. Il faut donc dire que le principe de la réalité du droit fut inconnu des Romains aussi bien que le principe de la personnalité. Ils ne connaissaient qu'un droit attaché à la cité, s'acquérant et se perdant avec la cité ; quant à ceux qui étaient en dehors de la cité, mais soumis à l'empire, les pérégrins, on leur appliquait à Rome le droit des gens, et dans les provinces leur ancien droit national. Restaient les Barbares, dont il est très difficile de préciser la condition.

111. Sidoine Apollinaire dit que dans la cité unique de l'univers entier, les Barbares seuls et les esclaves étaient étrangers. Les esclaves étaient plus qu'étrangers ; un mot, souvent répété par Ulpien, formule énergiquement leur condition légale : la servitude est assimilée à la mort (1). C'est l'idéal de ce que les auteurs du code Napoléon appellent *mort civile*. Les esclaves sont des êtres vivants, mais aux yeux de la loi ils sont morts, ils ne sont pas capables de droit. En était-il de même des Barbares? En droit strict, il faudrait répondre que oui. Ce sont les étrangers des temps primitifs, donc sans droit, tant qu'il n'y a point de traité entre Rome et le peuple auquel ils appartiennent (n° 81). Les lois romaines ne s'occupent pas d'eux ; elles ne parlent que des pérégrins, c'est-à-dire des peuples soumis à Rome, ce qui exclut les Barbares. On a cru que les Barbares jouissaient du droit des gens. Dans la rigueur de la théorie romaine, il est difficile de l'admettre. Le droit des gens a été créé pour les pérégrins, et il a disparu avec la pérégrinité ; il n'y a plus de droit des gens après la constitution antonine. A quel titre les Barbares auraient-ils invoqué le droit des gens? Il n'y avait aucun lien juridique entre eux et Rome. Dans notre ancienne jurisprudence on disait que les étrangers vivaient libres, et qu'ils mouraient serfs. Des Barbares, il faudrait dire qu'ils vivaient et mouraient sans droit.

Pour être capables de droit, les étrangers devaient se

(1) « Servitutem mortalitati fere comparamus » (l. 109, D., L 17 ; l. 59, § 2, D., XXXV, 1 ; l. 32, § 6, D., XXIV, 1).

mettre sous le patronage d'un citoyen romain : c'était le seul lien juridique qui existât entre eux et la cité. A leur mort, leurs biens étaient recueillis par le patron ; à défaut de patron, ils tombaient en déshérence, et appartenaient au fisc. Voilà bien le droit d'aubaine que Montesquieu reproche aux peuples germaniques comme une marque de barbarie (1).

Toutefois je n'oserais pas affirmer que, de fait, il en fût ainsi. Chez les Grecs, la rigueur de l'exclusion qui frappait les étrangers céda devant les nécessités du commerce (nos 32 et 35). Or, les Romains avaient aussi des relations commerciales avec les Barbares ; et conçoit-on qu'il y eût des rapports juridiques entre Barbares et Romains, sans que le droit intervînt pour les régler ? La question est contradictoire dans les termes. Il est probable que les Barbares participèrent au droit des gens. Le langage des jurisconsultes romains permet de le supposer ; le droit des gens, disent-ils, est commun à tous les hommes : ils ne font pas d'exception pour les Barbares. Leurs relations avec les Romains se bornaient d'ordinaire aux conventions les plus simples, avant tout aux achats et ventes : or les deux parties contractantes étaient également intéressées à ce que leurs contrats fussent placés sous la protection des lois. On peut assimiler les Barbares à la catégorie de personnes qui n'avaient point de patrie, et qui, par conséquent, n'étaient point pérégrins ; c'étaient les *dedititii* et les *apolidés* ; néanmoins ils participaient au droit des gens (2). On pouvait donc être étranger partout, et néanmoins jouir du droit

(1) Giraud, *Histoire du droit romain*, p. 114. — Chopin, *Du domaine de la couronne de France*, liv. I, tit. XI, n° 2 (Œuvres, t. II, p. 97). Je transcris le passage de Cicéron, *De oratore*, sur lequel se fonde le droit strict : « Mortuo peregrino, bona aut tanquam vacantia in fiscum cogebantur aut privato adquirebantur, si peregrinus ad aliquem veluti patronum adplicuisset eique clientelam dedisset : tunc enim, illo mortuo, patronus jure applicationis, in istius peregrini bona succedebat. »

(2) Marcianus, l. 17, § 1, D., XLVIII, 19 (*De pœnis*) : « Quidam ἀπόλιδες sunt, hoc est, sine civitate, ut ea quidem quæ juris civilis sunt, non habeant, quæ vero juris gentium sunt, habeant. »

Id., l. 15, D., XLVIII, 22 (*De interdictis et relegatis*) : « Deportatus civitatem amittit, non libertatem. Et speciali quidem jure civitatis non fruitur, jure tamen gentium utitur. »

les gens; ce qui nous paraît décisif en faveur des Barbares.

Jusqu'où s'étendait le droit des gens? Ici, il y a doute, Le droit civil et le droit des gens étaient en lutte; à mesure que le droit des gens gagnait, le droit civil perdait; de même que, dans les législations modernes, les droits civils vont en diminuant et finiront par se confondre avec les droits naturels. Cette révolution n'est pas encore accomplie dans la plupart des Etats de l'Europe; il est difficile de croire qu'elle le fût à Rome. Si les étrangers proprement dits jouissaient du droit des gens, c'est que les nécessités du commerce l'exigeaient; mais ces besoins n'ont rien de commun avec les actes à cause de mort. Il est certain que les pérégrins ne pouvaient être institués légataires. A plus forte raison les Barbares devaient-ils être frappés d'incapacité. Autre est la question de savoir si les Barbares pouvaient transmettre leurs biens à leurs parents barbares. Nous n'avons pas de témoignage positif à cet égard, mais toutes les probabilités sont contre les Barbares. Les auteurs sont partagés; mais, comme ils ne distinguent pas entre les pérégrins et les étrangers proprement dits, il est difficile de se prévaloir de leur autorité (1).

112. Les Barbares dont je viens de parler sont ceux qui trafiquaient avec les Romains. C'était le petit nombre; bientôt ils s'établirent en masse dans l'empire, du consentement des empereurs, que dis-je? appelés par eux. Un poète gaulois vit Rome, après qu'elle avait été saccagée par Alaric : « Rien n'est changé, dit Rutilius; Rome était déjà la proie des guerriers vêtus de peau : elle était aux fers, avant d'être captive. » Qui a ouvert la Ville Eternelle aux Barbares? Les Romains eux-mêmes. L'antiquité portait en elle le germe de sa mort. Lorsque la Grèce fut conquise par les légions, elle était en pleine décadence. A peine Rome a-t-elle fait la conquête du monde,

(1) Voyez l'excellente monographie de Van Twist, sur les étrangers en droit romain, dans les *Annales de l'Université de Leyde* (année 1830 à 1831, p. 60). Comparez Voigt, *Das jus naturale der Römer*, t. II, 2, p. 832, suiv., 864, 873, 852, suiv., 950, suiv.

qu'à son tour elle dépérit; à mesure que la décrépitude avance, elle va chercher chez les Barbares un nouvel élément de vie. La population diminuait, elle menaçait de s'éteindre; Rome fut obligée de recruter ses légions parmi les Barbares. Le sol manquait de laboureurs; Rome appela les Barbares pour cultiver les déserts de l'empire. Puis on admit des tribus entières dans l'empire; les destructeurs de Rome furent installés sur le territoire romain. Les Barbares occupaient les plus hautes fonctions de l'empire; ils faisaient les empereurs et ils les défaisaient (1).

Quelle était la situation légale des Barbares établis dans l'empire par les empereurs? Il ne vaut presque pas la peine de s'en enquérir. C'est un état de choses transitoire; les Barbares, lètes, colons, gentiles, sont l'avant-garde de la grande invasion du cinquième siècle qui mit fin à l'empire romain, et ouvre une nouvelle ère de l'humanité. On admet généralement que les colons devenaient citoyens romains, ainsi que les lètes qui servaient dans les légions. Les *gentiles* sont aussi appelés *fœderati;* ils étaient établis dans l'empire en vertu d'un traité qui leur laissait une certaine indépendance; on doit donc, au point de vue du droit privé, les assimiler aux pérégrins. C'est, paraît-il, à ces *gentiles* que s'applique la loi de Valentinien qui défendait, sous peine de mort, le mariage entre citoyens et Barbares. On a de la peine à comprendre une pareille rigueur, alors que les empereurs ne se maintenaient que par l'appui des Barbares. Ces faibles princes avaient peur de leurs terribles alliés; il les appelaient, puis ils auraient voulu les isoler; ils prohibaient le commerce avec les populations placées hors de l'empire, puis ces pygmées recherchaient eux-mêmes l'alliance des géants du Nord. A quoi bon s'arrêter sur le triste spectacle d'un monde qui est à l'agonie? En dépit des lois impériales, les Barbares dispersés dans l'empire se fondirent avec les populations indigènes, et leur infusèrent une vie nouvelle

(1) Spanheim, *Orbis romanus*, p. 344, suiv. Comparez mes *Études sur l'histoire de l'humanité*, t. V, p. 40 et suiv., § 1.

avec un sang nouveau. Quant aux tribus ou nations germaniques, elles commencèrent l'œuvre de destruction qui fut achevée au cinquième siècle (1).

113. La constitution antonine devait aboutir à abroger toute distinction, dans l'intérieur de l'empire, entre citoyens et pérégrins : en effet, les Latins, les pérégrins, les cités libres et les peuples alliés finirent par disparaître : alors on put dire qu'il n'y avait plus d'étrangers sur le territoire de l'empire, mais aussi l'empire romain avait cessé d'exister dans le monde occidental. Il faut cependant apporter une restriction à cette proposition qu'il n'existait plus d'étrangers dans le dernier état de la législation romaine; l'intolérance de l'Eglise catholique créa une nouvelle catégorie d'étrangers et d'esclaves, dont la condition était pire que celle des Barbares. Le principe de la funeste séparation que la foi engendre se trouve déjà chez saint Paul : « Ne vous unissez pas avec les infidèles. Car quelle union y a-t-il entre la lumière et les ténèbres? Quel accord y a-t-il entre Christ et Bélial? Et qu'est-ce que le fidèle a de commun avec l'infidèle? C'est pourquoi sortez du milieu d'eux et vous en séparez. » L'antiquité divisait les hommes en citoyens et Barbares; cette division reparaît dans le domaine de la foi. « Quand tu aurais un frère, dit Chrysostome, né du même père et de la même mère, s'il n'est pas en communion avec toi, qu'il soit à tes yeux plus Barbare qu'un Scythe. » « L'un a pour roi Satan, l'autre a pour roi Jésus-Christ. » Saint Cyprien proclame que celui qui est hors de l'Eglise est « étranger, profane, ennemi ». Les jurisconsultes en concluent que les infidèles ne profitent pas de la constitution antonine : ce sont des êtres sans droit, c'est à peine si on leur reconnaît la qualité d'homme.

Chez les anciens, être barbare, esclave même, n'était pas un crime. L'intolérance catholique divisa les hommes en deux sociétés ennemies : « Les hérétiques, les juifs et les païens forment une unité contre l'unité », dit saint Augustin.

(1) Voyez les témoignages dans Voigt, *Das jus naturale der Römer*, t. II, 2, p. 888 et suiv.

Quels sont les rapports entre ces deux sociétés? La guerre à outrance.

L'Eglise excita les empereurs chrétiens à extirper l'idolâtrie par le fer et par le feu. Longtemps la prudence empêcha les princes de céder à ces conseils de sang, mais l'ardeur de la foi finit par l'emporter. « C'est notre volonté, dit Théodose, de défendre à tous nos sujets d'immoler désormais aucune victime en l'honneur d'une idole, sous peine de haute trahison. » La peine est la mort.

Les lois contre les hérétiques variaient d'après la gravité de l'hérésie et les craintes qu'elle inspirait. On voit par les édits contre les manichéens jusqu'où va la fureur des passions religieuses. « Ils ont atteint le dernier degré du crime, ils sont odieux à la Divinité. » Le législateur veut qu'ils n'aient rien de commun avec les autres hommes. C'est un état pire que la mort civile : les manichéens ne peuvent ni vendre, ni acheter, ni contracter. Théodose, dit le Grand, déclare qu'il voudrait les expulser de la terre entière. Les empereurs trouvèrent le moyen de purger le monde de cette secte impure, la mort. Cette loi de sang eut de longs et cruels retentissements : l'hérésie prit place dans la législation parmi les crimes capitaux.

Les Juifs étaient les plus coupables parmi ceux qui refusaient d'entrer dans le sein de l'Eglise. Constantin leur reproche d'être souillés par le plus criminel des parricides. Comment se fait-il que le législateur permit aux déicides de vivre? C'est une parole de saint Paul qui les a sauvés : l'apôtre prédit que les Juifs se convertiront à la fin des siècles. Il fallait donc leur laisser la vie, mais l'Eglise proclama, par la voix de ses papes et de ses docteurs, que les Juifs étaient voués à une servitude perpétuelle.

Il n'y a pas de plus triste spectacle que celui de l'intolérance sauvage de l'Eglise. Il ne lui manquait que d'être défendue par la falsification de l'histoire. On nie qu'elle ait jamais persécuté. Je me contenterai de rappeler ces apologistes à la pudeur, en citant les paroles de Bossuet. Au dix-septième siècle, les réformés soutenaient la tolérance : « Ils disent que le magistrat ne peut rien sur la conscience, ni obliger personne à croire en Dieu, ou em-

pêcher les sujets de dire sincèrement ce qu'ils pensent. » Bossuet leur crie : « Aveugles, conducteurs d'aveugles, en quel abîme tombez-vous (1)? »

N° 6. LE COSMOPOLITISME PHILOSOPHIQUE ET LA GUERRE DE CONQUÊTE.

114. Nous avons assisté à une révolution dans le droit romain, qui doit paraître étrange à ceux qui nient Dieu et son gouvernement providentiel, le droit strict se modifiant, s'élargissant, s'humanisant sous l'influence de la force. Voici un spectacle plus étrange encore : la guerre de conquête inspirant la philosophie, et donnant aux penseurs de Rome une largeur de conceptions que n'avait point le cosmopolitisme grec. Térence, un affranchi africain, ami de Scipion et de Lélius, fit un jour entendre, sur le théâtre de Rome, ce beau vers :

« Homo sum, et humani nihil alienum à me puto. »

Les spectateurs battirent des mains. Sur ce même théâtre, Plaute, organe des vieux Romains, avait dit que « l'homme est un loup pour l'homme ». D'où vint cette prodigieuse révolution? Qui a trouvé les mots *humain, humanité?* Herder a fait la remarque que les Grecs n'avaient point le mot *humanité,* qu'on le trouve pour la première fois chez les Romains. C'est la langue latine qui nous a donné cette belle expression d'*humanités*, par laquelle nous désignons l'étude des lettres, pour marquer que le but de la science est d'humaniser les hommes. Comment se fait-il que Rome ait eu, jusque dans sa langue, un esprit d'universalité qui manquait à la Grèce, son institutrice? Ce cosmopolitisme est né de la conquête.

Un historien latin dit que le peuple romain a porté si loin ses armes, qu'en lisant ses annales, ce n'est pas l'histoire d'un seul peuple que l'on apprend, mais celle de l'espèce *humaine* (2). Pour la première fois les mots d'uni-

(1) Voyez les témoignages dans mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. IV (*le Christianisme*), p. 297, section II, et t. VII (*la Féodalité et l'Eglise*), p. 416, n° 4.
(2) Florus, Préface de son histoire.

vers et d'empire devinrent synonymes : *orbis romanus*. Cette idée d'universalité, liée à la domination de Rome, se trouve à chaque page chez les auteurs latins. Cicéron proclame que Rome est « l'ornement du globe, l'asile commun des nations »; il dit que le sénat est « le conseil suprême non seulement du peuple romain, mais de toutes les nations et de tous les rois (1) ». Le titre de citoyen romain était une sauvegarde dans tous les pays. Traités partout en concitoyens, les Romains devaient se considérer comme citoyens du monde. Cette fraternité se réalisa, en une certaine mesure, sous l'empire. Là où autrefois on ne pouvait faire un pas sans rencontrer un ennemi, on ne vit plus un étranger. Ce spectacle dut faire une profonde impression sur les esprits : il leur donna une largeur que ne pouvaient avoir les habitants des petites cités de la Grèce. C'est donc à la conquête que l'on doit rapporter le cosmopolitisme romain, et la première théorie d'un droit universel.

115. Sénèque a commenté le vers de Térence que je viens de citer : « Ce monde que tu vois, qui enferme les choses divines et humaines, n'est qu'un. Nous sommes les membres de ce grand corps. La *nature* nous a créés tous *parents*, en nous engendrant d'une même manière et pour une même *fin*. Elle nous a inspiré un amour mutuel... Ayons ce vers dans la bouche et dans le cœur : *Je suis homme et rien de ce qui touche à l'homme ne m'est étranger*. Celui-là ne se peut pas dire heureux qui ne considère que soi-même et qui rapporte toutes choses à son intérêt. Il faut que vous viviez pour autrui, si vous voulez vivre pour vous-mêmes. » La fraternité conduit Sénèque à reconnaître l'égalité de tous les hommes, même des esclaves : « Celui que tu appelles ton esclave tire son origine d'une semblable semence, il jouit du même ciel, il respire le même air, il vit et meurt de même que toi. » Quelle est la source de l'égalité des hommes? « Ils sont tous issus des dieux, c'est là leur titre de noblesse à tous (2). » Quelle

(1) Cicéron, *Catilinaires*, IV, 6; *Pro domo*, c. 28.
(2) Sénèque, *Epist*, 95, 48 et 47; *De benef.*, III, 28.

distance d'Aristote à Sénèque? Le philosophe grec enseigne qu'il y a une différence de nature entre les esclaves et les hommes libres; le philosophe romain revendique leur égalité, au nom de la parenté divine de tous les hommes.

Si tous les hommes sont enfants de Dieu, il n'y a plus d'étrangers, il n'y a plus qu'une patrie, l'univers. Les États particuliers ne sont que des membres de la grande république du genre humain (1). Plutarque va plus loin; il nie l'idée de patrie : « Par nature il n'y a point de pays distingué, point de patrie non plus que de maison, ni d'héritage (2). » C'est l'écueil du cosmopolitisme; pour mieux dire, le cosmopolitisme qui détruit la patrie est une fausse doctrine; il est né de la décadence des nations anciennes, et de la monarchie universelle de Rome : celui qui a le monde pour patrie, n'a plus de patrie. Mais le cosmopolitisme, en tant qu'il découle de la fraternité, est une doctrine fondée sur la nature de l'homme. Sénèque en déduisait l'égalité de l'esclave et de l'homme libre, c'est-à-dire la négation de l'inégalité humaine. Nous allons entendre Cicéron en tirer une autre conséquence, celle d'un droit universel, le même pour tous les hommes.

116. Il y a une société du genre humain. L'homme est né sociable; l'œuvre de l'association commence par la famille, elle s'étend ensuite à la cité, et elle finit par embrasser tout le genre humain. En considérant la société comme procédant de la famille, Cicéron l'identifie avec la charité universelle. Il ne distingue pas le domaine du droit et le domaine de la morale, avec la rigueur qu'y met la science moderne, et peut-être sommes-nous allés trop loin dans une voie qui aboutit à l'égoïsme, c'est-à-dire à la dissolution de la société. Quel est le lien de la société universelle? Le droit. Dans la doctrine de Cicéron, le droit est une face de la charité : « Nous sommes nés pour la justice, et la justice rend à l'homme ses semblables plus chers que lui-même; par elle, chacun de nous semble né,

(1) Sénèque, *Epist.*, 102, *De otio sapientis*, 31.
(2) Plutarque, *de l'Exil*, ch. 17. Telle est aussi la doctrine d'Epictète. Voyez mes *Études sur l'histoire de l'humanité*, t. III, p. 461 et suiv.

non pour soi, mais pour le genre humain (1). » Il y avait chez les stoïciens grecs une tendance à déserter la vie politique, pour travailler à leur perfectionnement dans la solitude; ils précédèrent les chrétiens au désert. Cicéron dit que c'est là vivre contre la nature; il donne à l'homme, comme idéal, Hercule, dont la postérité reconnaissante a fait un dieu; à son exemple, nous devons sans cesse travailler au bonheur de nos semblables, et de toutes les nations, si cela se peut (2).

Quel est ce droit qui unit la société humaine? Cicéron l'appelle droit naturel. Ce n'est pas un droit positif; dans une certaine mesure, il se réalise chez les divers peuples, et en ce sens on peut l'appeler le droit des gens; mais le droit civil n'est jamais l'expression exacte du droit qui a sa source dans la nature, c'est-à-dire en Dieu. Le droit positif est variable, tandis que le droit naturel ou divin est éternel, immuable et le même partout : « Il est à Rome ce qu'il est à Athènes, il est aujourd'hui ce qu'il est demain; le sénat ni le peuple ne peuvent nous affranchir de cette loi ni y déroger : c'est Dieu qui nous l'enseigne et qui nous l'impose (3). »

Les paroles de Cicéron ont été citées par un juge anglais, lord Mansfield, dans un procès de droit international concernant les lettres de change (4). Est-ce à dire que tel soit l'idéal de notre science? Non, certes. Le droit que l'on applique dans les tribunaux est essentiellement un droit positif. On ne conçoit pas qu'un juge fonde sa décision sur une loi éternelle et immuable. Où puiserait-il cette loi, et comment saurait-il, lui, être imparfait, que la loi qu'il applique est une loi parfaite, émanée de Dieu même? Il est très vrai que l'homme doit tendre à la perfection, et par conséquent à l'unité, à l'universalité du droit. Mais, ici encore, Cicéron dépasse le but, en ne tenant aucun

(1) Cicéron, *De finibus*, V, 23, 65; *De legibus*, I, 10; *De Republica*, III, 7, 8.
(2) Cicéron, *De officiis*, III, 5, 25.
(3) Cicéron, *Des lois*, II, 4, 10; *de la République*, III (passage cité par Lactance, *Divin. Instit.*, VI, 8, 7).
(4) Lawrence, *Commentaire sur les Éléments de droit international de Wheaton*, t. III, p. 65.

compte de l'élément de diversité que Dieu a également répandu dans toute la création. L'unité absolue est un faux idéal, de même que la monarchie universelle que Rome ambitionnait, et qui inspirait les penseurs romains.

117. La société universelle de Cicéron comprend-elle les esclaves et les Barbares? Au premier abord, on pourrait croire qu'elle n'exclut personne. Cicéron blâme ceux qui veulent réduire la société aux citoyens, sans tenir aucun compte des étrangers : c'est rompre la société commune du genre humain, et par conséquent détruire de fond en comble la justice, la bonté, la bienfaisance (1). Rien n'est plus évident, si l'on admet une société universelle. Mais Cicéron n'est pas resté fidèle à sa doctrine. Ses opinions politiques sont en contradiction complète avec sa philosophie. La société universelle comprend-elle les esclaves? Non; le philosophe romain enseigne, avec Aristote, qu'il y a des hommes esclaves de leur nature; partant la servitude est éternelle. Il ne songeait pas davantage à ouvrir la cité aux Barbares; il ne voulait pas même y admettre les peuples sujets. Quand César fit don de la latinité à la Sicile, Cicéron, bien que patron des Siciliens, trouva la faveur excessive (2). Le philosophe avait oublié son cosmopolitisme; c'est le conquérant qui était le vrai cosmopolite. On peut adresser ce reproche à tous les philosophes anciens. Quand l'empereur Claude proposa d'admettre les Gaulois aux honneurs et aux dignités, il rencontra une vive opposition : qui s'attendrait à voir Sénèque, le stoïcien cosmopolite, écrire une satire contre une mesure qui s'appuyait sur les considérations politiques les plus graves? Plutarque glorifie le cosmopolitisme d'Alexandre; et il accuse Hérodote d'être partisan des Barbares, parce qu'il dit que les Hellènes tiennent leurs dieux des Egyptiens, et que Thalès est d'origine phénicienne (3).

(1) Cicéron, *De officiis*, III, 6, 11; I, 41.

(2) Cicéron, *Ad Atticum*, XIV, 12. Dans son discours pour Fontejus, il dit : « Cum infimo cive quisquam acceptissimus Galliæ comparandus est? »

(3) Plutarque, *De malignitate Herodoti*, c. 12, 13 et 15.

Ces préjugés subsistèrent jusqu'à la fin de l'antiquité. Une barrière infranchissable séparait les Romains des Barbares; il n'y avait pas même de lien d'humanité entre eux. « C'est aux Grecs et aux Romains, dit Galien, que j'adresse ces préceptes sur les moyens de conserver les nouveau-nés; les Germains et les autres Barbares n'en sont pas plus dignes que les ours et les sangliers. » Themistius dit que les Germains et les Scythes sont les représentants des passions brutales qui obscurcissent la raison humaine. Julien, enthousiaste de l'hellénisme, est plein de mépris pour les Barbares : c'est la cause première de son apostasie (1). En définitive, la philosophie ancienne, malgré son cosmopolitisme, ne s'est pas élevée à l'idée de l'unité humaine (2).

118. Quelle est la raison de cette impuissance de la philosophie? Pourquoi l'antiquité n'est-elle pas parvenue à réaliser, pas même à concevoir l'unité du droit, entre tous les hommes? Elle est née dans la force, elle s'est développée par la force, et elle a péri par la force. La force, sous la main de Dieu, a fondé la cité, et le droit dans la cité, mais elle n'a pu étendre l'unité et le droit à l'humanité, parce que la cité impliquait l'exclusion de l'étranger, du Barbare et de l'esclave. Si le nom d'étranger disparut dans l'immense empire de Rome, ce fut encore à la suite d'une œuvre de violence, la conquête, qui anéantit les nationalités. La monarchie universelle ne peut pas établir le règne du droit, puisqu'elle est la négation du droit des nations, et par suite des individus. La constitution antonine, à laquelle les contemporains applaudirent, fut en réalité le dernier terme de la conquête, elle détruisit ce qui restait d'indépendance et d'individualité aux vaincus. C'était une fausse unité, de même que l'égalité qui régnait dans la cité, devenue un empire, était une fausse égalité. La vraie égalité implique la liberté; or, les anciens, malgré le beau nom de république, ne connaissaient pas la liberté. Ils étaient libres, à la condition de peuple

(1) Themistius, *Orat.*, X, p. 131, C. — Julien, *Epist.*, LI.
(2) Voyez mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. III, p. 501 et sui

d'esclaves les cités et les champs. La liberté pour eux était donc synonyme de domination. Or, la domination appartient au plus fort. Dans la cité même, la force régnait, sous le nom d'aristocratie, de patriciat, de noblesse. Après de longues luttes, le peuple, la plèbe conquit l'égalité. Mais qu'était-ce que cette égalité?

Pline dit que les immenses domaines des nobles perdirent l'Italie et les provinces (1). Au septième siècle, il n'y avait pas deux mille citoyens qui possédassent des terres. La culture fit place au pâturage, pour lequel on employait des esclaves; ainsi les esclaves remplissaient les villes où ils exerçaient l'industrie, et ils remplissaient les campagnes. Que restait-il aux hommes libres? « Les bêtes sauvages, disaient les Gracques, ont leurs repaires, et ceux qui versent leur sang pour la défense de l'Italie n'y ont à eux que l'air qu'ils respirent. Les généraux les trompent quand ils les exhortent à combattre pour leurs foyers et leurs tombeaux. Ils combattent et meurent pour entretenir l'opulence d'autrui. On les appelle les maîtres du monde, et ils n'ont pas en propriété une motte de terre. » La lutte des pauvres contre les riches aboutit aux terribles convulsions des guerres civiles. La victoire de César fut, dit-on, le triomphe du peuple et de l'égalité. Oui, mais ce fut l'égalité sous le despotisme : elle consistait à avoir du pain et des jeux, et elle conduisit à l'avilissement et à la décrépitude du peuple souverain.

119. Une société fondée sur l'esclavage ne pouvait pas réaliser le droit égal des hommes. Un historien allemand, et un des meilleurs, dit que ce qui fait la grandeur des révolutions romaines, c'est que l'on n'y invoqua jamais les prétendus droits naturels de l'homme contre l'État. La remarque de Mommsen est juste, mais elle témoigne contre Rome et contre toute l'antiquité. Les anciens n'avaient aucune idée des droits de l'homme; voilà pourquoi ils crurent l'esclavage éternel (2). Et qui peuplait

(1) Pline, *Histoire naturelle*, XVIII, 6.

(2) « Le droit romain ne s'est jamais élevé à l'idée que l'homme est libre. » Ihering, *L'esprit du droit romain*, traduit par de Meulenaere, t. I, p. 105.

les marchés d'esclaves? Les Barbares. C'était une division irremédiable, et un obstacle perpétuel à l'unité humaine. Voilà pourquoi l'antiquité périt, et elle périt de la main de ceux que les philosophes ne rougissaient pas d'assimiler aux brutes. Les Barbares inaugurent une nouvelle ère de l'humanité, dans laquelle la liberté méconnue par les anciens tiendra le premier rang.

La division qui régnait dans la cité existait aussi dans le domaine de la pensée. Elle avait ses racines dans la conception de Dieu. Les anciens, Romains et Grecs, ne s'étaient pas élevés à la notion de l'unité divine, et ils déduisaient de la pluralité des dieux la conséquence que l'unité humaine était impossible. C'est le motif pour lequel les derniers penseurs de l'antiquité répudièrent le christianisme. Il faut ne rien savoir, dit Celsus, pour s'imaginer que les Hellènes et les Barbares, que l'Asie, l'Europe et l'Afrique puissent jamais suivre la même religion. Julien critique la tradition juive, qui établit l'unité du genre humain sur la création : elle est en opposition, dit-il, avec la diversité profonde des lois et des mœurs qui distinguent les peuples, et ces différences ont leur source dans la volonté des dieux. Quelle est la conséquence de cet ordre d'idées? L'unité de la famille humaine disparaît dans la variété des caractères nationaux, et une seule et même religion pour des hommes qui diffèrent essentiellement paraît une conception absurde (1). Ce qui est vrai de la religion est aussi vrai du droit : il n'y a plus d'unité humaine, plus de lien commun entre les peuples. On voit quelle est l'importance de l'idée religieuse. Selon la notion que les hommes se font de Dieu, l'unité règne dans le monde politique, et avec elle la fraternité, le droit, la paix; ou la diversité divise éternellement les nations, et à sa suite la guerre; il n'y a plus de lien commun, l'homme est un loup pour l'homme, et il est inutile de parler de droit, le droit existe tout au plus dans le sein de chaque Etat, ce qui ruine notre science

(1) Celsus, dans *Origène contre Celse*, VIII, 72. Julien, dans *Cyrille contre Julien*, liv. IV, p. 138, 115 et 116 (édit. de Spanheim).

dans ses fondements. Voilà pourquoi la religion doit trouver place dans des Etudes consacrées au droit.

CHAPITRE II.

LE CHRISTIANISME ET LES BARBARES.

120. Il y a dans le droit international privé deux éléments, qui sont le fondement de notre science, l'unité et la diversité. J'ai dit, dans l'Introduction de ces Etudes (n° 39), que ces éléments sont encore en lutte; ils n'ont pas pris leur assiette définitive. Le principe de la diversité domine en Angleterre et aux Etats-Unis, en ce sens que la race anglo-saxonne ne veut reconnaître d'autre droit que sa *loi commune,* telle qu'elle s'est développée sous l'influence de l'esprit féodal. Chez les autres peuples il y a une tendance contraire : tout en maintenant, dans le conflit des lois, le droit qui leur est particulier, ils donnent une place au droit étranger, et par suite ils reconnaissent l'existence d'un lien commun entre toutes les nations. Notre science s'inspire de cette tendance vers l'unité. Il y a une école qui considère l'unité absolue comme l'idéal, et espère que l'humanité arrivera à un droit commun; tandis que, dans la doctrine plus généralement reçue, on maintient la diversité des lois nationales, sauf à établir des principes, d'une application universelle, qui servent à vider les conflits.

121. D'où viennent ces deux principes de l'unité et de la diversité qui jouent un si grand rôle dans notre science? L'unité vient de Rome et du christianisme, la diversité procède des Barbares et de la féodalité germanique. Le christianisme et les Barbares sont les éléments essentiels de la civilisation moderne. Dès le principe, les peuples germaniques manifestent leur esprit d'individualité et de séparation. Du cinquième au dixième siècle, le monde politique va en se morcelant; tout se localise, la souveraineté, le droit, les mœurs : on dirait que la société va se dissoudre et qu'il ne restera que des individus. Entre les hommes ainsi divisés, l'Eglise sert de lien; son ambi-

[illegible] universelle [illegible] embrassent la terre entière. L'Église est une, par [illegible] elle a [illegible] est une [illegible] c'est la vérité absolue, une par essence, [illegible] pour tous les lieux et pour tous les temps. [illegible] que l'Église prend [illegible] son ambition [illegible] elle s'appe[illegible] c'est-à-dire universelle et romaine. [illegible] elle est l'héritière de l'ambition de Rome, mais sa [illegible] est plus grande [illegible] son empire sur [illegible] peuples sur ceux-là mêmes que Rome n'a point con[illegible]

122. Les deux principes, le christianisme et les [illegible] sont [illegible] cinq siè[illegible] christianisme pour se constituer, pour former s[illegible] et pour [illegible] le monde romain. Quand la re[illegible] universelle est solidement assise, les Barbares arr[illegible] [illegible] sur la scène du monde, ils s[illegible] [illegible] c'est pour eux que Jésus-Christ a pré[illegible] bonne nouvelle, bien plus que pour les peuples an[illegible] [illegible] la société romaine était [illegible] [illegible] les homm[illegible] [illegible] catholicisme [illegible] en [illegible] fait connaître l[illegible] [illegible] et de diversité sont a[illegible] [illegible]

[illegible] c'est une mon[illegible] universelle, [illegible] qu'aucun conqu[illegible] ait jamais rêvée. Pourquoi Dieu a-t-il nourri da[illegible] forêts de la Germanie une race tellement imbue d'i[illegible] [illegible] pas même l'État? Bien [illegible] [illegible] de l'Église, la race germanique neutral[illegible] [illegible] dans l'unité dont Rome est l'or[illegible] Les Barbares commencent par briser l'unité ron[illegible] *comme* toute monarchie absolue, celle de Rome ava[illegible] *toute* vie individuelle; le monde ancien mourait d'[illegible] [illegible], quand les Barbares vinrent donner aux p[illegible] *épuisés* un sang nouveau. Puis ils se font les all[illegible] l'*Église*, parce que la religion doit les moraliser [illegible] *humaniser*; mais loin de favoriser la domination u[illegible]

selle des papes, ils en sont les ennemis-nés. Dans les petites sociétés qu'ils fondent, les Barbares jettent les fondements des nationalités européennes, et les nations, à leur tour, brisent la monarchie universelle de Rome chrétienne.

123. On voit quelle est l'importance de l'élément barbare trop longtemps méconnu par les hommes de race latine. Le mot de Barbare semble indiquer un état de sauvagerie inculte; on n'a pas manqué d'adresser ce reproche aux peuples du Nord qui détruisirent la civilisation romaine. En réalité, cette civilisation était morte, et elle mourait parce qu'elle n'avait pas conscience de la liberté, condition de vie (n° 118). Les Barbares avaient nourri dans leurs forêts le vif sentiment de liberté qui caractérise les peuples modernes. Chose étonnante! Ce sont les Barbares qui détruisent l'esclavage que les plus grands penseurs de l'antiquité avaient proclamé éternel. Ce sont les Barbares qui introduisent le droit dans toutes les relations humaines, et qui deviennent les fondateurs du droit international. Notre science a donc, comme notre liberté politique, ses racines dans les forêts de la Germanie.

Est-ce à dire que tout, dans la civilisation moderne, soit l'œuvre de la race germanique? Ce serait une exagération tout aussi grande que celle qui rapporte au christianisme tout ce qu'il y a de grand et de beau dans notre société. Les Barbares méritaient bien ce nom, par la barbarie de leurs mœurs. Qui les humanisa? La religion. Voilà un bienfait dont on n'a pas assez tenu compte à l'Eglise. Rappelons-nous l'état de la société romaine sous l'empire; elle était pourrie jusqu'à la moelle, par l'influence délétère du polythéisme, de l'esclavage et de la tyrannie; les passions brutales des Barbares ajoutèrent la violence à la corruption. Le monde aurait péri dans un abîme de vices, si les races jeunes et vigoureuses qui envahirent l'empire n'avaient trouvé dans la religion un principe moral qui fut comme un contre-poison de la contagion romaine : c'est le christianisme qui, en moralisant les Barbares, a sauvé l'avenir de l'humanité. Mais pour faire l'éducation de peuples incultes et violents, il fallait à l'Eglise une autorité qui lui permît de dompter la résis-

tance des nations et des rois. C'est là la justification p
videntielle de l'unité catholique et de la domination q
la papauté exerça au moyen âge. L'Eglise n'avait p
oublié, comme on l'en accuse, les sentiments qui ins
raient le Christ. Si les Barbares donnèrent à l'humanité
notion du droit, le christianisme leur prêcha la charité
la paix. Le droit à lui seul ne suffit point pour relier l
hommes, il engendre au contraire l'égoïsme individuel
l'orgueil national; c'est le vice qui infecte la féodalité,
il s'est transmis avec l'héritage de la liberté féodale au
peuples de race anglo-saxonne, qui sont imbus plus q
les autres de l'esprit de la féodalité. De là l'isolement o
gueilleux dans lequel se retranchent les Anglo-Améri
cains. Cela prouve qu'à côté du principe d'individualité,
en faut un autre qui le corrige et l'élargisse : la chari
chrétienne apprend aux peuples qu'ils sont solidaires, qu
leur mission n'est pas une lutte de forces égoïstes, ma
une existence de paix et d'humanité. La charité, dan
cette haute acception, est le complément indispensable d
droit; c'est par le concours de ces deux éléments que l
peuples formeront une grande famille, au sein de laquel
régneront le droit et la paix.

124. Les deux éléments qui constituent la civilisati
moderne, l'unité et la diversité, ont donc une égale néc
sité et une légitimité égale. Ils se corrigent et se co
plètent l'un l'autre. Si l'unité régnait seule, elle abou
rait à la destruction de toute vie individuelle : la monarc
universelle de Rome, quoique incomplète, en est un
moignage irrécusable. Et l'unité catholique aurait enc
été plus funeste, si la monarchie pontificale était parven
à se réaliser; car elle ne respectait pas plus la liberté
l'individu que celle des nations. C'eût été la destructi
de tout droit parmi les hommes. Aussi les nations, d
qu'elles ont conscience d'elles-mêmes, rejettent-elles
domination de Rome catholique; et la libre pensée, sa
laquelle la liberté et le droit ne sont qu'un vain mot, i
spire les hérétiques du moyen âge, en attendant qu'
homme de race germanique lève l'étendard de la révo
contre Rome. Brisée dans son propre sein, l'unité cath

lique parvient moins encore à soumettre les races de l'Orient : le mahométisme lui arrache ses conquêtes, et le bouddhisme balance son empire sur les âmes. Ces trois religions, quoique ennemies, ont une morale qui, à certains égards, leur est commune; c'est un lien qui peut-être permettra un jour d'arriver à l'unité religieuse, dans les limites où elle est possible. Il faut renoncer à l'unité absolue. Le sang barbare qui coule dans nos veines protestera toujours contre ces vaines tentatives, dans le domaine de la religion comme dans le domaine du droit. Les aspérités nationales s'adoucissent, mais les diversités de races, de mœurs, de sentiments et d'idées ne s'effaceront jamais. En ce sens, l'élément barbare est éternel, parce qu'il vient de Dieu. Mais l'unité aussi est de Dieu, l'être un par essence, et il n'y a qu'une vérité, en religion comme en droit. La tendance vers l'unité doit se concilier et s'harmoniser avec la diversité. Dieu a répandu ces deux éléments dans toute la création; les hommes ne peuvent pas défaire l'œuvre divine; ils réaliseront l'unité et la vérité dans les limites de l'imperfection humaine, les individus et les peuples concourant, chacun suivant ses facultés et sa mission, à l'accomplissement de cette tâche sans fin.

§ II. *Le christianisme. L'unité absolue.*

N° 1. LE CHRISTIANISME FICTIF.

I. *Le faux idéal.*

125. Quelle a été l'influence du christianisme sur le droit international, public et privé? Dès que la religion est en cause, on peut être sûr de rencontrer des préjugés, des passions, des erreurs, sans compter l'ignorance, dont la part est grande dans les choses humaines. Il y a des glorifications du christianisme qui touchent au ridicule. A propos de l'unité du droit prophétisée par Cicéron, Phillimore dit que cet idéal n'est plus un rêve pour le juriste chrétien qui voit toutes les parties du monde reliées par ces inventions merveilleuses que l'anti-

quité ignorait et qui annulent l'espace et le temps (1). Qu'est-ce que le christianisme a de commun avec les chemins de fer et avec le télégraphe? Quand on voit des écrivains protestants se faire illusion à ce point sur leur religion, il ne faut pas s'étonner que des légistes catholiques disent que l'Evangile a appelé tous les hommes à prendre part aux biens de la terre; ont-ils oublié que Jésus-Christ prêche le mépris des richesses, et qu'il n'avait pas une pierre où il pût reposer sa tête?

Il y a un autre christianisme, tout fictif; on compare l'état de la société moderne à l'état social des Grecs et des Romains, et tout ce que l'on trouve de beau et de bon dans notre civilisation, on le rapporte à l'action de la religion chrétienne. Ce procédé doit nécessairement aboutir à l'erreur, puisqu'il élimine de l'histoire les éléments, autres que la religion, qui ont concouru à inaugurer une nouvelle ère de l'humanité: la philosophie grecque qui nous a donné la liberté de penser, Rome qui nous a légué son esprit d'unité avec son droit, et qui a inspiré l'Eglise à moitié romaine, enfin et avant tout l'élément germanique, qui a réellement ouvert l'ère moderne. Un de ces imprudents apologistes du christianisme dit qu'il ne citera pas de témoignages, parce que ce qui existe ne se prouve pas : et il se trouve qu'il ignore les faits les plus simples tout ensemble et les plus considérables. « Le chrétien et le musulman, dit-il, se partagent le monde. » L'auteur paraît ne pas se douter de l'existence du bouddhisme, qui compte autant de sectateurs que l'Evangile (2). Il y a un autre fait qui suffit pour renverser cet échafaudage de préjugés et d'erreurs. Le christianisme existait depuis cinq siècles, quand un législateur catholique se mit à codifier le droit, cette face essentielle de la vie qui fait l'objet du débat. Que l'on ouvre le Digeste, le Code et les Novelles et l'on y trouvera la société ancienne, telle qu'elle existait avant la venue du Christ : le vice qui l'infectait et dont elle est morte, l'es-

(1) Phillimore, *International law*. t. IV, p. 10, n° IX.

(2) Le baron Roguet, député de la Gironde, dans la *Revue pratique* 1858 (t. IV, p. 68-71).

clavage est resté ce qu'il était dans Rome païenne. Après cinq siècles de christianisme, l'antiquité était restée intacte.

126. Cependant le préjugé chrétien trompe et égare les plus illustres organes de notre science. Savigny a appliqué au droit international privé la doctrine de Cicéron sur la communauté de droit que la nature a établie entre les hommes (n° 116). D'où naît ce droit universel? D'une origine commune, entre peuples d'une même race, et surtout, dit Savigny, de croyances communes; de là le droit international qui s'est formé entre les peuples chrétiens de l'Europe (1). Etrange communauté de droit qui contient en elle le principe d'une irremédiable division! Grotius étend à toutes les nations le lien naturel qui unit les hommes : il enseigne que la différence de religion n'est pas une raison pour invalider leurs traités. Rien de mieux; mais Grotius ajoute une restriction qui détruit l'unité humaine. « Les peuples chrétiens, dit-il, peuvent être particulièrement unis entre eux contre les infidèles, parce qu'ils sont tous membres du Christ (2) ». C'est abandonner l'unité humaine pour retomber dans l'unité catholique du moyen âge, unité hostile à tous ceux qui ne sont pas chrétiens. Au lieu de maintenir le lien de la nature comme base de l'unité de droit, Grotius le remplace par la foi; or, si la foi révélée unit ceux qui la partagent, elle sépare, au contraire, les fidèles de ceux qui ne partagent pas leur foi, et cette division entre fidèles et infidèles est éternelle, puisque ceux que les chrétiens traitent d'infidèles traitent a leur tour d'infidèles les peuples chrétiens.

Les plus illustres philosophes, les légistes les plus célèbres sont imbus de ces erreurs. Kent, dans son excellent ouvrage sur le droit américain, parle aussi d'un droit des gens chrétien, et il nous apprend que lord Bacon et lord Coke condamnent toute alliance avec les infidèles et justifient la guerre des nations chrétiennes contre ceux qui ne

(1) Savigny, *System des römischen Rechts*, t. I, p. 33.
(2) Grotius, *De jure belli*, lib. II, c. XV, §§ VIII et XII.

partagent pas leur foi (1). Ainsi guerre à mort, g
éternelle d'une petite minorité qui s'appelle chré
contre tout le genre humain, jusqu'à ce qu'il soit
miné ou converti : voilà l'idéal du *droit des gens chr*

Le *droit des gens chrétien* est une idée favori
jurisconsultes allemands, anglais et américair
Le mot même prouve la fausseté de l'idée qu'il ex
En effet, le droit des gens est universel de sa n
c'est le droit des nations, donc de toutes les nation
les nations chrétiennes ne forment qu'une petite mi
dans le genre humain; partant, le droit universel d
un droit local, particulier. La contradiction est tout
grande, quand on considère le fond des choses. On
le christianisme pour avoir détruit l'antique divisic
hommes en citoyens et en Barbares; et voilà le dro
gens chrétien qui reproduit cette séparation hostile
les hommes. Un jurisconsulte allemand partage le
ples en civilisés et en barbares; les premiers sont l
tions chrétiennes, les autres les nations non chrétie
et naturellement le droit des gens chrétien ne reç
d'application aux Barbares, non chrétiens (3). Ains
mense majorité du genre humain est placée hors du
commun par une petite minorité dont la foi devi
fondement d'un privilége odieux et le principe d'une
immortelle. J'ai cité les paroles de saint Chrysc
(n° 113) : le frère devient un Barbare, c'est-à-dire
nemi pour son frère, quand l'un est un croyant et
un infidèle : et le frère a plus d'affection pour un S
qui partage sa foi que pour celui qui a été conçu d
même sein, s'il n'est pas en communion avec lui.

127. Je dois insister sur les préjugés chrétiens p
je les retrouve dans les ouvrages récents sur le dr

(1) Kent, *Commentaries on american law*, t. I, p. 10, suiv., de la
tion (1873).

(2) Fütter, *Das Fremdenrecht*, p. 11 et *passim*. Phillimore di
christianisme a fondé le droit des gens en répandant le sentimer
justice entre les nations. (*International law*, t. IV, p. 4, n° III.)
Wheaton parlent également d'un droit des gens chrétien.

(3) Günther, dans Weiske, *Rechtslexicon*, au mot *Gesetz*, t. IV
suiv. (1843).

ternational privé. Phillimore, dans ses Commentaires sur la loi internationale (1854), dit quelques mots sur l'histoire de notre science. Arrivé à l'ère chrétienne, il exalte la grande et inestimable influence que la doctrine de la révélation a exercée sur la jurisprudence des nations (1). La révélation embrasse la Loi Ancienne et l'Evangile. Ouvrons la Bible. Le peuple de Dieu entre dans la Terre Promise, occupée par des peuples idolâtres; une guerre à mort commence, guerre sacrée, ordonnée par Dieu et conduite par lui. Il n'y en a pas de plus sanglante dans les annales de l'histoire. Les païens connaissaient du moins la miséricorde de l'esclavage; le Dieu des Juifs met un interdit sur la Palestine : tout ce qui a vie est voué à la destruction. Les hommes, plus compatissants que leur Dieu, se lassèrent de massacrer : Dieu les punit, il retira la promesse qu'il avait faite de déposséder les nations qui occupaient la Terre Promise et il livra son peuple aux séductions de l'idolâtrie. Voilà le *droit* que la première *révélation* enseigne aux peuples : la destruction des idolâtres, hommes, femmes, enfants, et jusqu'aux animaux. Les écrivains chrétiens, dom Calmet, Bossuet même applaudissent à ces atrocités, et ils y sont forcés, car c'est la guerre de la vengeance du Seigneur. Bien plus, les horreurs d'une guerre sans pitié furent invoquées comme une loi divine à une époque où les guerres de religion, provoquées également par la foi révélée, ensanglantèrent l'Europe : on légitima la Saint-Barthélemy, en s'autorisant de l'Ancien Testament; on cita le massacre des vaincus, l'extermination des infidèles, comme des règles à observer et des exemples à suivre (2). Tel est le droit international que Phillimore célèbre comme un bienfait de la Révélation : les erreurs et les passions des hommes sont élevées à la hauteur d'une loi divine.

128. L'Evangile est la seconde Révélation. Jusqu'à la réforme du seizième siècle, l'Eglise de Rome en était l'organe, et le pape se disait le vicaire de Dieu. Phillimore

(1) Phillimore, *Commentaries upon the international law*, t. I, p. VIII.
(2) Benjamin Constant, *De la Religion*, liv. IV, chap. XI.

exalte la papauté, comme il exalte la Révélation. «
pape, dit-il, remplissait les fonctions de juge internatio
et d'arbitre dans les relations des peuples chrétiens.
droit du souverain pontife et sa haute mission ne fu
guère contestés avant le quatorzième siècle; jusque-là
exerçait son noble ministère de juge suprême; si la p
tique laissait à désirer, l'idée était sublime (1). »
faut-il admirer le plus dans cette théorie, l'illusion ou l
reur? Il est vrai que la papauté a eu la prétention d
l'arbitre universel de la chrétienté, mais il n'est point
que cette prétention ait jamais été admise par les prin
et les peuples. Voici le plus puissant des papes,
nocent III : il se proclame le représentant, sur cette te
du médiateur universel, et il écrit au roi de France qu
premier devoir de celui qui, bien qu'indigne, est le vic
du Christ, est de ramener les hommes à la charité et
paix. Pour unir tous les chrétiens contre les infidè
l'ambitieux prêtre voulut imposer la paix aux rois
France et d'Angleterre; il le leur ordonna, sous p
d'excommunication. Philippe-Auguste répondit aux lé
qu'il n'appartenait pas au souverain pontife de se m
des affaires des princes, et qu'ils n'étaient pas obligé
recevoir ses ordres, quand ils avaient des différends
leurs vassaux. Les barons français repoussèrent tout a
énergiquement l'intervention d'Innocent; ils conseillè
à leur suzerain de ne faire ni paix ni trève avec Jean
Terre, par contrainte du saint-siége, et ils s'engagè
si le pape voulait faire violence au roi, à secourir leur
gneur lige, selon leur pouvoir. Innocent III essaya
justifier son intervention, comme font les légistes, en
tinguant. « Il n'entendait pas, disait-il, entreprendre
le pouvoir temporel des rois, mais il avait le droit
devoir d'intervenir, dès qu'il y a un péché en cause.
distinction ne trouva pas faveur en France : un pieux
torien, Fleury, dit que, « sous prétexte de péché, le
serait arbitre de la paix et de la guerre, et que tout s
soumis à son tribunal »; et Bossuet déclare que le

(1) Phillimore, *Commentaries upon the international law*, t. IV, p.

n'a pas pour mission d'établir la paix entre les princes (1).

129. Le droit chrétien n'est pas un préjugé de théorie; les auteurs ne sont que les organes des sentiments étroits qu'engendre la foi révélée. Voilà pourquoi l'erreur s'est fait jour jusque dans le monde diplomatique. On sait que la *Sainte Alliance* de 1815 entreprit de fonder un droit des gens exclusivement chrétien; en effet, jusqu'en 1856, les Turcs ne furent pas admis dans les délibérations des princes de la chrétienté. On peut affirmer que la *Sainte Alliance*, en consacrant le droit des gens chrétien, l'a ruiné à jamais. Singulière alliance chrétienne, à laquelle le chef de la chrétienté catholique refusa de s'associer! En réalité, ce fameux traité n'était qu'une assurance mutuelle contre les révolutions; mais à force de vouloir étouffer la révolution, on la fomentait, en lui donnant un nouvel aliment. Les diplomates qui à Vienne avaient trafiqué des peuples comme d'un bétail, n'étaient pas dignes du nom de chrétiens qu'ils se donnaient. C'est profaner la foi que de la mêler à l'abus de la force. D'ailleurs le domaine de la foi n'est pas celui du droit. La foi divise et isole, tandis que le droit unit et associe tous les peuples, quelle que soit leur croyance. La révolution française a affranchi l'Etat de la domination de l'Eglise; par là elle a sécularisé tout l'ordre civil et politique, donc aussi le droit (2).

130. Est-ce à dire que tout soit préjugé et erreur dans les théories du christianisme fictif? J'ai dit et répété que le christianisme est un des éléments de la civilisation moderne. Mais il y a d'autres éléments. Si on les méconnaît, on altère les faits, et il en résulte que l'on attribue au christianisme une influence qu'il n'a pas eue, et qui est parfois en contradiction avec ses principes. Je me borne à citer quelques traits de cette confusion d'idées, en ce qui concerne l'objet de ces Etudes.

(1) Voyez, sur ce démêlé entre Innocent III et Philippe-Auguste, mes *Études sur l'histoire de l'humanité*, t. VI (*La Papauté et l'Empire*), p. 253-257.

(2) Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht*, Einleitung, p. 18 (3e édition, 1878).

L'esclavage est considéré aujourd'hui comme le mal des maux; on s'accorde à dire qu'il a entraîné la ruine de l'antiquité. C'est parce que les anciens n'avaient pas une idée des droits de l'homme, qu'ils ont bâti leurs sociétés sur l'esclavage, et qu'ils n'ont connu d'autre loi des relations internationales que la force. L'esclavage a disparu. A qui devons-nous cet immense bienfait? Au christianisme, disent les écrivains chrétiens. Cela est presque devenu un lieu commun dans l'histoire traditionnelle. Eh bien, c'est une erreur. L'esclavage s'est transformé en servage, sous l'influence des mœurs germaniques; cette transformation a été le premier pas et le plus difficile vers la liberté générale; or, il est certain que la religion n'a été pour rien dans cette révolution; le christianisme n'a jamais connu que la liberté et l'égalité religieuses.

La force qui régnait dans le monde ancien a fait place au droit. Qui a apporté à l'humanité le principe d'un droit commun qui unit tous les peuples? Les écrivains chrétiens répondent : Le christianisme. Non, ce sont les Barbares. Montesquieu dit que notre liberté politique a ses racines dans les forêts de la Germanie. On en peut dire autant du droit et notamment du droit international. Je l'ai prouvé ailleurs, et j'y reviendrai dans la suite de ces Études. Le point est capital.

Je serais exclusif à mon tour, et partant dans l'erreur, si je rapportais aux Barbares seuls tous les bienfaits de la civilisation moderne. Le christianisme y a une large part. Il moralise et il humanise les individus; or, c'est par l'action individuelle que le progrès s'accomplit. Des peuples convaincus que les hommes sont frères et égaux devant Dieu croiront facilement qu'ils doivent aussi l'être sur la terre : l'égalité religieuse conduit logiquement à l'égalité civile. Et si tous les hommes sont frères, la paix et, partant, le droit doivent régner entre eux. Sans doute, il a fallu d'autres influences que la religion, et des éléments qui parfois lui sont contraires, pour transformer des dogmes religieux en doctrines civiles et politiques. Toujours est-il que de nouveaux principes furent déposés dans la conscience humaine par le christianisme et que les

principes ont en eux une force qui se développe souvent malgré ceux de qui ils procèdent.

II. *Le christianisme et le droit international.*

131. On a écrit des livres pour prouver que le christianisme a introduit le droit dans les relations des peuples (1). L'illusion se comprend facilement. Il ne peut y avoir de droit entre les nations que si on leur reconnaît une nature commune, qui est le lien de l'humanité. Si les anciens n'ont pas connu le droit des gens, c'est qu'ils n'avaient point conscience de l'unité humaine. Il y avait autant de dieux que de cités et presque d'individus, et ces dieux étaient ennemis. Un abîme séparait l'homme libre de l'esclave. On haïssait l'étranger comme ennemi, ou on le méprisait comme Barbare. La guerre était l'état naturel des peuples; elle sévissait jusque dans l'intérieur des cités entre l'aristocratie et la plèbe, entre les riches et les pauvres. Dans les relations des peuples, la force dominait. Le christianisme, dit-on, changea fondamentalement cet ordre de choses. En faisant de l'unité de Dieu un dogme, il éleva l'unité humaine à la hauteur d'une croyance religieuse. Il ruina radicalement l'esclavage en prêchant la fraternité des hommes. « Baptisés dans un même esprit, dit saint Paul, nous ne formons qu'un seul corps, soit Juifs, soit Grecs, soit esclaves, soit libres (2). » Les prophètes ont prédit que le Messie serait le prince de la paix; la bonne nouvelle respire des sentiments pacifiques dans tous ses préceptes.

Voilà l'illusion. Voici la réalité. En fait ni en théorie, il n'y a eu un droit des gens dans les premiers siècles de l'ère chrétienne. « On se trompe en considérant l'Evangile comme le principe d'une révolution sociale. Il est presque ridicule de chercher les bases d'un droit international dans une religion qui prêchait que d'un jour à l'autre le monde allait finir, qu'il fallait déserter la société et ses

(1) Morello, *Introduzione alla scienza del diritto internazionale*, 2 vol. Palerme, 1868.
(2) Paul, I Corinth., XII, 12-13.

intérêts pour ne songer qu'au royaume des cieux qui allait s'ouvrir. Les disciples du Christ vivaient d'une vie toute spirituelle, ils abandonnaient la terre à César. Cela est vrai même des grands penseurs du christianisme, de ceux qu'elle honore comme ses pères : aucun d'eux ne songea à abolir l'esclavage, ni à changer l'ordre politique. On les aurait bien étonnés si on leur avait demandé quel est le droit international du christianisme; ils auraient répondu : « Le royaume de Jésus-Christ n'est pas de ce monde, et les chrétiens qui voudraient transformer l'Evangile en une loi politique ne savent pas de quel esprit ils sont. »

132. Cependant il y a quelque chose de vrai dans ce que l'on dit de l'unité chrétienne. L'unité est un besoin de la nature humaine. Les anciens la poursuivirent instinctivement par la voie de la guerre. Cette unité matérielle, produit de la force, est radicalement viciée. Il n'y a d'unité véritable que celle qui repose sur l'union des âmes, et ce qui unit les âmes, ce sont des idées et des sentiments communs. C'est cette unité que le christianisme a l'ambition d'établir. Il se dit en possession de la vérité; or, la vérité, émanation de Dieu, a toujours été et elle sera toujours et partout la même. Il est certain que si les hommes étaient imbus de cette croyance, la société spirituelle aurait une base inébranlable. A la vérité, le christianisme ne songea pas à la société civile et politique. Mais la vérité ne se laisse point scinder ainsi : la société des intelligences conduit nécessairement à la communauté de droit entre les peuples. N'est-ce pas à cette unité spirituelle qu'il faut rapporter la civilisation commune qui fait des peuples de l'Europe comme une grande république?

133. Cela est vrai, pourvu qu'on n'en veuille pas faire une vérité absolue. Il y a un vice dans l'unité chrétienne; elle est fondée, non sur la charité, mais sur la foi; or, si la charité unit, la foi divise quand elle a son principe dans la révélation. C'est une division pire que celle que l'antiquité établissait entre Grecs et Barbares; elle est éternelle, irremédiable. Pour réaliser l'unité, il faudrait que l'humanité entière embrassât la même croyance; la moindre

issidence suffit pour créer des schismes. Les Grecs ne diffèrent pas des Latins par le dogme; ce sont leurs conciles qui ont formulé la doctrine catholique, et cependant la haine les divise, et toutes les tentatives d'union ont échoué; tant qu'il y aura des Grecs, il y aura des schismatiques. Il en est de même des hérésies; les hérétiques sont chrétiens aussi bien que les orthodoxes; il y en a qui sont plus près de l'Evangile que l'Eglise de Rome; ce qui n'empêche pas l'Eglise de les haïr plus que les infidèles. Cela prouve que l'unité, telle que le christianisme la conçoit, est impossible. L'Eglise ne tient aucun compte de l'élément de diversité que Dieu a répandu dans la création, à côté du principe d'unité. Les hommes, créatures imparfaites, ne posséderont jamais la vérité absolue, il faut donc qu'ils renoncent à l'unité absolue. La vérité est une lumière dont nous n'apercevons qu'un rayon; il est bon qu'elle éclaire les individus et les peuples d'une façon diverse; chacun d'eux verra une face particulière de la lumière éternelle. Plus il y aura d'ouvertures pour des conceptions différentes, plus il y aura de probabilités que les hommes connaîtront la vérité, autant que leur imperfection le comporte. C'est dire que l'unité absolue est un faux idéal.

134. C'est la raison pour laquelle l'unité chrétienne échoua. L'esprit de division qui régnait dans l'antiquité se reproduisit sous une forme nouvelle. Chrétiens et non-chrétiens, fidèles et hérétiques sont séparés par des barrières qui rendent impossible toute communauté de droit. La division religieuse fait oublier la fraternité. De là des doctrines bien différentes de celles qui étaient en germe dans la prédication évangélique : la guerre licite, que dis-je? sainte, contre les hérétiques et les infidèles, le droit à peine reconnu à ceux qui n'appartiennent pas à la foi orthodoxe. Je dois m'arrêter à ces faits, pour rétablir la vérité sur ce que l'on appelle l'unité chrétienne, et pour mettre la réalité à la place de la fiction. On peut affirmer en deux mots de prétendus axiomes sur le droit des gens chrétien, mais il faut de longs développements pour prouver l'erreur. Je suis forcé d'entrer dans ces détails,

afin d'écarter de notre science des erreurs qui, à force d'être répétées, finissent par passer pour la vérité.

L'unité du genre humain ne suffit point, comme on le dit, pour qu'il y ait un droit entre les peuples, il faut encore que ceux-ci soient égaux ; si l'un se croit supérieur à un titre quelconque, alors l'égalité disparaît et avec elle le fondement du droit des gens. Chez les anciens, l'orgueil de race ou de civilisation divisait profondément les hommes, le droit ne régnait qu'entre citoyens ou alliés, il n'y avait pas de droit entre Grecs ou Romains et Barbares. Or, le dogme de la révélation crée une division plus irrémédiable que la différence de race et de civilisation. Les Juifs étaient le plus insociable des peuples, parce qu'ils voyaient dans les étrangers des ennemis de Dieu, du Dieu des Juifs, du seul vrai Dieu. Quand, d'un côté, il y a des élus de Dieu, et d'autre part, des ennemis de Dieu, comment y aurait-il entre eux un lien de droit et d'humanité?

135. Tel était, au moyen âge, le droit international des peuples chrétiens à l'égard des infidèles ; c'est dire qu'il n'y en avait point. Qui excita des milliers d'hommes à prendre la croix contre les Sarrasins? *Dieu le veut*. C'est Dieu même, dit le pape qui a prononcé ces paroles ; les Sarrasins sont donc les ennemis de Dieu. Nous n'avons aucune idée du mépris et de la haine qui animaient les croisés. Guillaume de Tyr les traite d'*enfants de Bélial*; Robert le Moine les appelle une *légion de diables*, un *peuple immonde*, des *chiens furieux*, tandis que les chrétiens sont les *champions du Christ*.

Cependant le christianisme réprouve la guerre : qui donc autorisa l'Eglise à jeter l'Europe sur l'Asie? Quel droit avait-elle sur une terre étrangère? Les croisés étaient convaincus que les chrétiens « sont *élus* sur *toutes* les *autres gens*, qu'ils ont, par Jésus-Christ, la *seigneurie* du *monde entier*. » Les historiens, plus lettrés, c'étaient tous des clercs, prêtres ou moines, invoquent, contre les Sarrasins, les sanglants préceptes de la Loi Ancienne, Loi révélée : « Ceux qui sont ennemis de la loi de Dieu doivent être tués, car le Seigneur dit : Je suis le *Dieu des*

vengeances, et le glaive sera tiré contre ceux qui transgresseront ma loi. »

Il faut assister au sac de Jérusalem, si l'on veut avoir une idée de ce que devient le droit *révélé* quand les masses sont fanatisées au nom de Dieu. « Courage, s'écrie Raoul de Caen, courage, *divines fureurs;* courage, glaives sacrés; courage, *sainte destruction!* » Les croisés écrivirent au pape que, dans le temple de Salomon, on marchait dans le sang jusqu'aux genoux des chevaux. Ils ne faisaient grâce ni aux femmes ni aux enfants. « Juste et admirable jugement de Dieu, dit Raymond d'Agiles. Il voulut que ce lieu même reçût le sang de ceux dont les blasphèmes l'avaient si longtemps souillé. » C'est un prêtre qui tient ce langage, en imputant à Dieu les crimes des hommes.

Voilà la révélation telle que les hommes d'Eglise l'entendaient, alors que régnaient les papes, que l'on exalte comme des arbitres divins. Que l'on vienne dire après cela que le christianisme a établi le droit entre les peuples! Oui, entre fidèles, sectateurs du même Dieu. Non, à l'égard des infidèles. Les non-croyants sont des criminels, et c'est Dieu qu'ils offensent; pour eux, il n'y a ni droit, ni humanité. « La haine, dit Guillaume, évêque de Tyr, est naturelle entre chrétiens et Sarrasins : ne doivent-ils pas haïr ceux qui haïssent le Seigneur? » Le patriarche de Jérusalem ose dire que « tenir le serment à un infidèle est un plus grand péché que d'y manquer ». Ce n'est pas *cruauté*, dit un Père de l'Eglise, que de punir les ennemis de Dieu, c'est *piété*, car le Seigneur a dit : « Si ton père, si ton ami, si ta femme qui est dans ton sein, veut t'éloigner de la vérité, que ta main soit sur eux et répande leur sang (1)! »

Si aujourd'hui le droit, la foi et l'humanité règnent entre les peuples, c'est qu'ils se sont élevés au-dessus des étroites et cruelles passions de la religion. Félicitons-nous de ce que, sous l'inspiration de la philosophie, la révolu-

(1) Voyez les témoignages dans mes *Études sur l'histoire de l'humanité*, t. VII (*La Féodalité et l'Église*), p. 264-272.

tion française a sécularisé l'Etat et le droit, et a déli ainsi notre science du funeste héritage des lois révélé Il est bon de le constater, puisque l'on entend encore t les jours le chef de l'Eglise se plaindre et gémir de ce les hommes désertent la foi, sans laquelle il n'y a ni r ralité ni salut. C'est le cas de s'écrier, comme Bossue « Aveugles, conducteurs d'aveugles! Vous ignorez vo propre tradition, ou vous la faussez. Votre foi révélée un principe de division et de haine, et elle vicie jusqu'à morale que votre Maître vous a enseignée. Au lieu moraliser les fidèles, vous les démoralisez. Il est do heureux que les peuples se détachent de vous, et qu' cherchent la règle de leurs relations dans la conscienc où Dieu l'a gravée. »

136. Il y a eu d'autres guerres saintes au moyen âg Si les croisades contre les Sarrasins étaient une folie e tachée de sang, que dire des croisades contre les Slav et contre les Albigeois? C'est toujours le même aveugl ment de la foi, ce sont toujours les mêmes mauvaises pa sions des hommes. Innocent III, le plus illustre des pape souleva le roi de France et ses barons contre les hérét ques du Midi. Quel était leur crime? Leur crime était l liberté de penser, sans laquelle le droit n'est qu'un vai mot. Les Albigeois désertaient la foi catholique : Innoce veut les ramener, par la force, dans le sein de l'Eglise, pour soulever les croisés contre eux il leur promet les terr des hérétiques. Les croisés étaient les pires des conqu rants, et le pape faisait appel à leur convoitise, pour r tablir sa domination sur des populations qui menaçaient lui échapper. Quant aux hérétiques, ils sont sans droit d'après les canons, dit le pape, on ne doit pas la foi à cel qui ne la garde pas à Dieu : en conséquence, il décla déliés de leur serment ceux qui avaient promis fidélité assistance au comte de Toulouse. Tel est le droit, et tel est la morale que le vicaire de Dieu prêche aux fidèle

Je ne dirai rien des horreurs de la guerre que le pa alluma : elles ont épouvanté la postérité, néanmoins n'est pas là le plus grand crime de l'Eglise. Les hérétiqu avaient des armes pour se défendre et ils s'en servire

avec héroïsme. Après la défaite, commença une autre guerre, occulte, à l'ombre des prisons, dans laquelle l'accusateur est juge et bourreau, où l'accusé ést torturé pour témoigner contre lui-même. Les procédures de l'inquisition nous diront comment l'Eglise pervertit, au nom de la religion, le droit et la morale.

Avant de commencer ses redoutables fonctions, l'inquisiteur faisait un sermon au peuple. Afin d'attirer les auditeurs, il promettait, en vertu de bulles papales, une indulgence de quarante jours à ceux qui viendraient l'écouter. Puis il ordonnait à tous les fidèles de lui prêter aide en dénonçant les hérétiques. Nouvelles indulgences de trois années pour les dénonciateurs. La délation était un devoir, prescrit sous peine d'excommunication. On assurait le secret aux délateurs : c'est sous le sceau de la confession qu'il trahissait ses amis, ses parents. Une fois l'hérétique livré à l'inquisition, sa perte était certaine. Il n'avait pas de défenseur : l'avocat qui lui osait donner des conseils était destitué et noté d'une perpétuelle infamie. L'accusé ne connaissait pas son dénonciateur, il ne savait pas quels témoins déposaient contre lui. L'Eglise n'avait pas tort de cacher leurs noms, car, chose inouïe, des criminels, des hommes infâmes, des parjures, des complices pouvaient être témoins. Les médecins étaient reçus, que dis-je? ils étaient obligés à dénoncer leurs malades. On payait aux accusateurs un marc d'argent par tête d'hérétique. On admettait la femme, les enfants, les domestiques de l'accusé à déposer contre lui, mais ils ne pouvaient pas déposer en sa faveur. Accusé et témoins étaient mis à la torture, pour révéler un crime imaginaire. Il y avait des coupables, c'étaient les juges, pour mieux dire l'Eglise : c'est elle qui a inventé le crime, c'est elle qui condamnait comme criminels des hommes qui usaient du droit que Dieu leur donne, c'est elle qui pervertissait le sens moral en excitant les enfants à dénoncer leur père, et la femme à livrer son mari au bûcher (1).

(1) Pour ne pas trop multiplier les notes, je renvoie, pour les témoignages, à mes *Études sur l'histoire de l'humanité*, t. VI (*la Papauté et l'Empire*), p. 454, n° 2.

Voilà les infamies qui se sont pratiquées pendant siècles au nom d'une religion qui se dit révélée par Di Si cela avait dépendu de l'Eglise, il ne serait pas re une étincelle de droit et de morale dans la conscie humaine.

137. On dira que l'inquisition n'a rien de commun a le droit international. Cela n'est pas exact. Le droit un, comme la morale est une. S'il n'y a ni droit ni n rale dans les relations des individus, comment y en a rait-il dans les relations des peuples? Le droit pénè plus difficilement dans les rapports des nations, pa qu'elles vivent dans ce qu'on appelle l'état de nature, reconnaissant aucune autorité supérieure. Il est certa que, dans la théorie catholique, il n'y a pas plus de dr pour les peuples infidèles, qu'il n'y en a pour les partic liers non chrétiens. Au quinzième siècle, un nouve monde est découvert; quelles vont être les relations ent l'Europe chrétienne et les nations qui peuplent l'Am rique? Elles sont infidèles, cela suffit pour que, au no de la religion, des conquérants catholiques s'emparent d leurs terres et réduisent les vaincus en esclavage. Un pa consacra ce brigandage de son autorité infaillible. La bul d'Alexandre VI est l'expression du droit révélé, et il e est la condamnation. Le pape commence par célébrer piété de Ferdinand et d'Isabelle : à l'entendre, les ro catholiques auraient été à la découverte de terres nouvelle pour convertir les habitants à la foi chrétienne. Pour fav riser ces pieux desseins, Alexandre VI leur fait don d pays qu'ils ont découverts et de ceux qu'ils découvriro en traçant la fameuse ligne du pôle arctique au p antarctique (1).

Les jésuites mêmes ont été embarrassés pour justifier ce incroyable usurpation. Ils l'ont fait, comme d'ordinaire, altérant la vérité. Le principal objet que le pape avait vue, dit Bellarmin, était la propagation de l'Evangile. n'a pas autorisé les rois catholiques à faire la guerre a Indiens et à s'emparer de leur pays; il voulait seulem

(1) Dumont, *Corps diplomatique*, t. III, partie II, p. 302.

qu'ils envoyassent en Amérique de saints missionnaires; mais les infidèles ayant mis obstacle à leur prédication, les Espagnols eurent le droit d'user contre eux de la force des armes (1). L'apologie tourne contre les apologistes et contre le pape. Bossuet leur demande où ils ont lu que les disciples du Christ allèrent enseigner les nations, armés jusqu'aux dents, et prêts à faire la conquête des pays habités par les infidèles, si ceux-ci ne se convertissaient point (2)? Il y a encore une autre réponse à faire aux jésuites : ils tronquent la bulle d'Alexandre VI en lui faisant dire ce qui n'y est pas. Le pape ne parle pas de missionnaires, ni de la résistance que les infidèles pourraient leur opposer; c'est de son *propre mouvement*, par *pure libéralité*, et de la plénitude du *pouvoir apostolique*, qu'il *donne* les terres *découvertes* et *à découvrir* aux rois catholiques; il les leur *donne* avec *pleine puissance, autorité* et *juridiction*, et défend aux rois et empereurs de contrevenir à sa bulle, sous peine d'excommunication. Nous avons une interprétation authentique de cette bulle, c'est l'acte par lequel les rois catholiques notifièrent la donation aux indigènes, possesseurs du sol. Il n'y a pas de témoignage plus curieux de ce qu'on appelle le *droit des gens chrétien*. Les rois catholiques apprennent aux Indiens que « Dieu a remis le soin de tous ses peuples à saint Pierre, qu'il a constitué *chef* et *maître* de tout le *genre humain*, afin que tous les hommes lui obéissent; qu'il a soumis la terre entière à sa juridiction. On ne lit pas sans surprise, dans cet acte, que ceux qui ont vécu du temps de saint Pierre l'ont reconnu pour leur *seigneur* et *roi* et pour le *maître de l'univers*, et qu'il en est de même de ceux qui lui ont succédé. L'un de ces pontifes, comme maître du monde, a fait la concession de ces îles et de la terre ferme de l'Orient aux rois Ferdinand et Isabelle. Sa Majesté Catholique est donc, en vertu de cette donation, roi et seigneur de ces îles et de la terre ferme. Si les Indiens reconnaissent le pape comme souverain de l'uni-

(1) Bellarminus, *De romano pontifice*, V, 2.
(2) Bossuet, *Defensio declarationis cleri gallicani*, I, 1, 15.

vers et le roi comme seigneur, et s'ils consentent à ce q[illegible] les missionnaires leur prêchent la foi, ils seront exemp[illegible] de toute servitude; mais s'ils refusent d'obéir, ils sero[illegible] traités comme des sujets rebelles, et réduits en escl[illegible]vage (1).

La bulle du pape et l'acte des rois catholiques sont te[illegible]lement extravagants, que l'on serait tenté de croire que [illegible] sont des pièces forgées par quelque mauvais plaisant. C[illegible] qu'il y a de plus prodigieux, c'est que cette monstrueus[illegible] usurpation est en harmonie complète avec les prétention[illegible] de la papauté : ce qui a l'air d'une folie ou d'un faux, es[illegible] une doctrine, et la doctrine est l'œuvre d'hommes qui s[illegible] disent infaillibles. Alexandre VI n'a fait que suivre le[illegible] traces du plus grand des papes. Grégoire VII revendiqu[illegible] la souveraineté de tous les royaumes de la chrétienté; i[illegible] réclama notamment un droit vague, mais illimité, sur le[illegible] îles. Alexandre III concéda à Henri II d'Angleterre l'îl[illegible] d'Irlande. « Il n'y a aucun doute, dit-il, que toutes le[illegible] îles éclairées par le soleil de justice, Jésus-Christ, et qu[illegible] ont reçu la foi chrétienne, n'appartiennent à saint Pierre e[illegible] à l'Eglise romaine. » Si l'on demandait aux papes quel[illegible] sont leurs titres à la domination des îles chrétiennes[illegible] Alexandre VI pouvait, à aussi bon droit, se dire seigneu[illegible] et maître de l'univers. Qu'on veuille bien nous dire ce qu[illegible] devient le droit des gens, si les princes peuvent réduir[illegible] en esclavage les peuples qui refusent d'obéir au pape, e[illegible] de reconnaître les donations qu'il lui plaît de faire de[illegible] îles et de la terre ferme! Le mot de droit a-t-il encore u[illegible] sens, quand le pape dispose en maître de terres qui ne lu[illegible] appartiennent pas, et quand les princes s'autorisent de ce[illegible] actes pour réduire en servitude des peuples libres?

N° 2. L'UNITÉ CATHOLIQUE.

138. « Un Dieu, un Pape, un Empereur. » Telle es[illegible] la formule de l'unité chrétienne au moyen âge. L'empe[illegible]

(1) Herrera, *Décades*, VII, 14. (Dans Robertson, *Histoire d'Amériqu[illegible]* note 23.)

reur ne figure dans cette unité que comme bras armé de l'Eglise; il est subordonné au pape. Grégoire VII dit, dans son fier langage : « Le nom du pape est unique dans le monde. » On comparait le pape au soleil et l'empereur à la lune; l'empire s'effaçait devant la papauté, comme la pâle lumière de la lune s'efface devant les rayons du soleil. Grégoire VII ajoute : « Le pape peut déposer les empereurs, il peut délier les sujets de leur serment de fidélité. » Et le souverain pontife osa pratiquer cette hautaine doctrine. La papauté tient son pouvoir de Dieu : « En donnant à saint Pierre le droit de lier et de délier dans le ciel et sur la terre, Dieu n'a excepté personne, n'a rien soustrait à sa puissance. Il lui a soumis toutes les principautés, toutes les dominations de l'univers; il l'a établi seigneur des royaumes de ce monde. » Le pape, comme successeur de saint Pierre, est maître de la terre, par droit divin; refuser d'obéir au siége apostolique, c'est se rendre coupable d'idolâtrie. Les princes qui osent désobéir à ses ordres sont déchus de plein droit de leur autorité.

Depuis Grégoire VII, la doctrine de la papauté n'a plus varié. Ecoutons Innocent III : « Jésus-Christ a confié à saint Pierre le gouvernement non seulement de toute l'Eglise, mais de tout le siècle. Le roi des rois, Jésus-Christ, a organisé la royauté et le sacerdoce de manière que la royauté soit sacerdotale et que le sacerdoce soit royal; il a mis à la tête de l'un et de l'autre, de la royauté et de l'Eglise, une seule personne, qui est son vicaire sur la terre. De même que toutes les créatures du ciel, de la terre et même des enfers plient le genou devant lui, de même tous doivent obéissance à son vicaire, afin qu'il n'y ait qu'un seul troupeau et un seul pasteur. » Ces paroles sont adressées à un roi : c'est le langage hautain de l'autorité souveraine.

Les papes ont toujours protesté qu'ils n'entendaient pas empiéter sur le pouvoir temporel. Sans doute ils ne l'exercent pas, ils laissent le glaive temporel aux princes; mais ceux-ci sont-ils souverains? Comment le seraient-ils, étant subordonnés au souverain pontife? Il n'y a donc, en réa-

lité, qu'un seul souverain, le pape; Boniface VIII le dit dans sa fameuse bulle: « L'Eglise *une* et *unique* n'a qu'*un seul corps,* une *seule tête :* Jésus-Christ, son vicaire saint Pierre, et les successeurs de saint Pierre. Il faut que la *puissance temporelle soit soumise à la puissance spirituelle,* pour que l'*ordre divin* voulu par Dieu soit *réalisé* (1). »

139. Les jésuites, tout en n'accordant à la papauté qu'un pouvoir indirect sur les princes, aboutissent à la même conséquence, et leur idéal est le même. « Dès que l'on admet l'existence de deux pouvoirs, dit Bellarmin, il faut que l'un soit subordonné à l'autre si l'on veut prévenir des collisions et des luttes incessantes. Le genre humain est créé, non pour la guerre, mais pour l'harmonie. Il n'y a qu'un moyen de réaliser cet ordre divin, c'est de subordonner un pouvoir à l'autre (2). » Les gallicans ont déjà protesté contre ce prétendu idéal. « Prenez garde, dit Bossuet, que votre idéal de perfection ne soit le comble de l'imperfection. Donner à l'Eglise la puissance temporelle et spirituelle, c'est en définitive mettre l'empire du monde dans les mains du souverain pontife. Or, le pape est faillible comme homme, quand même on lui reconnaîtrait l'infaillibilité en matière de foi. Un seul homme supportera-t-il le poids du gouvernement des choses spirituelles et temporelles de la chrétienté? Ce pouvoir est incompatible avec la faiblesse humaine; il aboutirait à l'arbitraire et à la tyrannie (3). » Bossuet aurait pu invoquer l'histoire : on a vu les Césars à l'œuvre, et il s'est trouvé que la puissance souveraine, illimitée, se confond avec la folie. Il y a aussi de la folie dans la doctrine des papes. Un homme ose se dire le vicaire de Dieu, infaillible comme lui, tout-puissant comme lui; c'est se proclamer Dieu. Cette nouvelle folie n'a pas manqué à l'ultramontanisme, c'est la conséquence logique de la doctrine.

140. Les papes n'ont jamais osé proclamer les der-

(1) Voyez les témoignages dans mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. VI (*la Papauté et l'Empire*), p. 109 et suiv.
(2) Bellarminus, *De romano pontifice*, V, 6, 7.
(3) Bossuet, *Defensio declarationis cleri gallicani*, I, 2, 35.

ières conséquences qui découlent de leur souveraineté piritueIle. Plus libres dans leurs allures, les théologiens éveloppent la théorie de la toute-puissance des souverains pontifes avec la rigueur brutale de la logique. Ecoutons les ultramontains du quatorzième siècle : « Le pape, comme vicaire de Jésus-Christ, a la plénitude de la souveraineté ; il est le principe et la fin de tout pouvoir. » Un moine augustin dit que l'on ne peut appeler du pape à Dieu, par la raison que la juridiction du pape se confond avec celle de Dieu. Voilà les théologiens sur la pente de l'idolâtrie, ils s'y laissèrent entraîner : « Les papes ont droit aux mêmes honneurs que les anges et les saints ; ils participent au culte qui est rendu à la Divinité. » Un canoniste osa donner au pape le nom de Dieu ; le pape, dit un autre docteur, a à peu près la même puissance que la Divinité.

Que devient le droit en face de la toute-puissance divine ? Le moyen âge concentrait la société laïque et ses droits dans la personne de l'empereur. Qu'est-ce que l'empereur en face du pape ? « L'empereur est le serviteur du pape ; il peut être nommé et déposé par lui ; il ne peut faire aucune loi sans le consentement de son suzerain. » Le pape a la même puissance dans tous les royaumes ; il voudrait exempter les princes de sa puissance qu'il ne le pourrait pas ; ce serait nier qu'il est le vicaire de Dieu (1).

141. Peut-il être question d'un droit international dans une doctrine qui détruit toute idée de nationalité ? Chaque nation est souveraine dans les limites de son territoire. Comment la souveraineté nationale s'exercera-t-elle s'il y a au-dessus des nations un pouvoir qui a le droit de leur commander, comme organe de Dieu ? Indépendance nationale et papauté sont deux choses incompatibles. Et peut-il y avoir un droit international, quand il n'y a plus de nations souveraines ? Il faut dire plus : le mot même de droit n'a plus de sens dans la théorie de l'unité catholique. Les papes, vicaires de Dieu, étendent

(1) Voyez les témoignages dans mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, VI, p. 411-413.

leur pouvoir sur le monde entier : ce pouvoir est aussi illimité que celui de Dieu, dont les papes sont les représentants; la soumission qui leur est due est une obéissance, sans examen, sans discussion, sans bornes. Lamennais dit : « Supposez un instant cette idée réalisée, et dites si le mot même de *liberté*, dépourvu de sens, n'eût pas disparu des langues humaines. » Avec la liberté, le droit disparaît, car le droit n'est autre chose que le rapport entre des êtres libres.

142. L'unité catholique est un faux idéal, parce qu'elle ne laisse aucune place au principe de diversité. Que dis-je! elle le nie et le repousse. « Là où est l'unité, dit saint Bernard, là est la perfection. » Saint Thomas dit de même : « Plus une chose est une, plus elle a de valeur et de dignité (1). » La diversité est donc l'imperfection, c'est un vice; il faut tout ramener à l'unité. Quelle sera la conséquence de ce prétendu idéal? La destruction de toute vie individuelle : il n'y a de vie que dans la tête, les membres dépérissent, ce ne sont plus que des instruments. Mais peut-il y avoir un corps sans membres? Ce serait la mort. L'idéal de l'unité absolue est une violation des lois de la nature. C'est dire que le prétendu idéal est faux.

En réalité, l'unité catholique, que les partisans du passé regrettent tant, n'a jamais existé; elle n'a été qu'une prétention, une utopie. La papauté, au moyen âge, fut une longue lutte contre l'empire. Les empereurs étaient les représentants de la souveraineté laïque, mais ils la revendiquaient pour eux seuls, c'étaient des prétendants à la monarchie universelle; voilà pourquoi ils succombèrent. Alors les rois prirent leur place; vrais organes des nations, ils l'emportèrent sur les prétentions des papes. En même temps que la puissance temporelle des souverains pontifes s'écroulait, leur puissance spirituelle était attaquée, et la réforme la détruisit définitivement. Les jésuites, ces ultramontains par excellence, essayent vainement de la reconstituer; ils n'osent même plus reven-

(1) S. Bernardus, *De consideratione*, II, 8. S. Thomas, *Summa contra Gentiles*, lib. IV, *Proœm.* (Opera, T. IX, p. 419.)

liquer le pouvoir direct des papes sur les rois; ils se contentent du pouvoir indirect, distinction hypocrite digne de ceux qui l'ont inventée. Les gallicans la repoussent. Au dix-septième siècle, la tentative désespérée des papes de briser la réforme échoua; au dix-huitième, la philosophie et la révolution proclamèrent la sécularisation de l'Etat; il cesse d'être le bras armé de l'Eglise. L'unité catholique est brisée pour toujours. En vain l'Eglise a-t-elle essayé de ressusciter l'unité catholique, en décrétant l'infaillibilité du pape : ressusciter des morts est le plus impossible des miracles. Ceux-là mêmes qui rêvent la reconstitution de l'unité catholique, n'oseraient plus enseigner la doctrine que les théologiens et les canonistes professaient au moyen âge : « Le pape peut changer la nature des choses, il peut créer de rien, comme Dieu. Sa volonté tient lieu de raison. Il peut tout, même transformer l'injustice en justice (1). » Tant il est vrai que l'idée du droit disparaît là où règne l'unité absolue.

N° 3. L'UNITÉ PHILOSOPHIQUE.

I. *Attaques contre l'idée de l'Eglise. Sécularisation de l'Etat* (2).

143. La domination de l'Eglise rendait impossible tout droit international, puisqu'elle implique la négation des nationalités. Elle détruisait l'idée même de l'Etat; en subordonnant l'Etat à l'Eglise, elle lui enlevait la souveraineté qui est de son essence. L'Eglise était à l'égard de l'Etat ce que la papauté était en face de l'empire. Au nom du pouvoir spirituel, les papes dominaient sur les rois, par la raison que l'âme a la direction du corps. Les clercs qui constituaient l'Eglise participaient à cette suprématie: hommes de l'esprit, c'était à eux de diriger et de gouverner les hommes de la chair, les laïques. L'Eglise était donc au-dessus de l'Etat; à elle appartenait la juridiction

(1) Voyez les textes rapportés dans mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. VI (*la Papauté et l'Empire*), p. 71, note 2.
(2) Je renvoie, pour les témoignages, à mon *Etude sur l'Eglise et l'Etat*, 2e édition, tome I.

suprême, et le droit souverain de disposer des choses temporelles, dans l'intérêt de la religion et pour le bien des âmes. En même temps, l'Eglise était hors de l'Etat par ses immunités; elle possédait le sol, et elle était affranchie des charges qui grèvent la propriété; elle jouissait des bienfaits de la société civile, sans être soumise à ses lois. Elle percevait un impôt à son profit, le plus lourd de tous, la dîme. Elle avait une juridiction exclusive sur les clercs, et elle prétendait exercer la juridiction même sur les laïques. C'était un Etat dans l'Etat, qui menaçait d'absorber l'Etat laïque et de l'anéantir. Pour constituer l'Etat, et par suite le droit, il fallait renverser la doctrine du moyen âge, en rendant à l'Etat la souveraineté que l'Eglise avait usurpée, et en soumettant les clercs au droit de la société laïque.

144. Les sectes du moyen âge sont une réaction contre l'Eglise extérieure. Cette opposition devait les amener à attaquer le pouvoir temporel de l'Eglise, car en devenant un pouvoir temporel, elle avait cessé d'être un pouvoir spirituel. La papauté prétendait que Constantin avait abdiqué entre les mains de Sylvestre, en investissant les successeurs de saint Pierre de la plénitude de la souveraineté. De là datait la décadence de l'Eglise, au dire des hérétiques. La donation de Constantin était, à leur point de vue, le renversement complet du christianisme évangélique. Ils croyaient, avec saint Paul, que tout chrétien est prêtre; en repoussant la distinction des laïques et des clercs, ils attaquaient la puissance de l'Eglise dans son fondement religieux. S'il n'y a pas de différence entre la vie laïque et la vie cléricale, il n'y en a pas davantage entre l'ordre temporel et l'ordre spirituel; il n'y a qu'une seule société, un seul pouvoir, un seul droit. Ainsi s'écroulait tout l'édifice de l'Eglise, sa liberté et ses immunités, ses priviléges et sa domination.

L'élément politique des hérésies du moyen âge a été peu remarqué; il est cependant d'une importance capitale pour le développement historique du droit, car c'est la première manifestation de l'idée de l'Etat et du droit laïque. Wiclef est le représentant le plus radical de ce mouve-

ment. Le réformateur anglais revendique la souveraineté de la société laïque sur les clercs : se fondant sur l'autorité de Jésus-Christ, il soutient que la prétendue *liberté* de l'Eglise est une usurpation. « Il est impossible, dit-il, qu'il y ait un Etat, si, dans son sein, il existe un corps puissant qui est en dehors et au-dessus de ses lois. »

Le sentiment national a une part dans cette réaction contre l'Eglise. Wiclef nie que le pape soit le vicaire du Christ, il appelle l'Eglise de Rome la synagogue de Satan. « N'ayons plus de pape, s'écrie-t-il, et vivons comme les Grecs, en suivant nos coutumes ! » Wiclef est le précurseur d'Henri VIII.

145. Les attaques des hérétiques contre le pouvoir temporel de l'Eglise ont pour point de départ l'Evangile ; ils se proposent de rétablir l'Eglise dans sa pureté primitive, bien plus que de rendre à l'Etat la souveraineté usurpée par le sacerdoce. A côté des sectes religieuses il se produit un mouvement analogue, mais plus large : il procède des hommes qui se préoccupent de l'Etat plus que de la religion. L'Eglise les appelle les hérétiques politiques ; car, à ses yeux, c'est une hérésie de reconnaître à l'Etat la souveraineté sur le clergé.

C'est un Italien, Arnauld de Bresse, qui passe pour le patriarche des hérétiques politiques. On dit que, porté par sa nature aux idées nouvelles et révolutionnaires, et déjà imbu de sentiments hostiles au clergé, Arnauld passa les Alpes, attiré par le nom d'Abélard. Le maître s'élevait parfois contre les désordres qui résultaient des richesses et de la puissance de l'Eglise. Arnauld, de retour en Italie, attaqua rudement les clercs, les moines et les évêques. Dans des harangues publiques, il proclama que les évêques et les abbés devaient rendre aux princes les biens et les droits régaliens qu'ils avaient usurpés ; le pape lui-même devait se contenter de son pouvoir spirituel. Livré au pape par l'empereur, Arnauld mourut martyr de la cause de l'Etat ; ses cendres furent jetées dans le Tibre. On voulait empêcher le peuple de vénérer les restes mortels de celui qui l'avait appelé à la souveraineté. L'histoire lui donnera une place parmi les grands révolutionnaires ;

l'Italie surtout doit honorer sa mémoire, car il a demandé dès le douzième siècle ce qu'elle a accompli au dix-neuvième.

Un autre philosophe, Occam, Anglais de race, prit également parti pour la souveraineté laïque, dans les démêlés de Philippe le Bel et de Boniface VIII. Selden fait un magnifique éloge du frère mineur; il y a chez lui un vif sentiment de liberté; c'est un Anglo-Saxon. Occam rejette la toute-puissance spirituelle et temporelle du pape. « Si nous sommes tous, dit-il, clercs et laïques, soumis au pouvoir divin d'un homme, l'Evangile n'est pas une loi de liberté, mais une loi d'intolérable servitude. » L'Eglise n'a point de pouvoir proprement dit; ce qu'elle appelle sa puissance spirituelle ne s'étend qu'au for intérieur, au péché. Le pouvoir de coaction n'appartient qu'à l'Etat, et par suite, la connaissance du juste et de l'injuste. Esprit logique, Occam ne recule devant aucune conséquence; il dénie toute juridiction à l'Eglise, même en matière de mariage. La postérité a presque oublié le nom d'Occam, et c'est à un écrivain anonyme qui s'est paré de ses dépouilles qu'elle a réservé son admiration. Les gallicans ont placé le *Songe du Vergier* parmi les documents qui consacrent leurs libertés; or, le livre n'est, en ce qui concerne les droits de l'Etat, que le développement et souvent la traduction des dialogues d'Occam. L'Angleterre lui doit une réparation, et l'histoire du droit inscrit son nom parmi ceux qui ont fondé la science du droit, en sécularisant l'Etat.

Il faut encore nommer parmi ces initiateurs du droit Marsile de Padoue, le plus hardi partisan de l'Etat, et aussi le plus rude adversaire de l'Eglise. Marsile procède de la Grèce, c'est un Hellène, il n'est chrétien que de nom. Le politique italien nie le droit divin des papes; il a été un des premiers à remarquer que saint Pierre n'a jamais été à Rome; en tout cas, il n'a pu donner aux évêques romains une suprématie que lui-même n'avait point. L'Eglise n'a pas pour mission de régler les choses de ce monde, elle ne doit s'occuper que de la vie éternelle; la vie présente est du domaine de l'Etat. La doctrine de Marsile

est celle d'Aristote. Il n'y a, dit-il, dans chaque Etat qu'un seul pouvoir souverain; s'il y en avait plusieurs, il n'y aurait ni lois possibles ni justice. Rousseau dit que le christianisme ruine l'unité sociale en donnant aux hommes deux patries, deux chefs, deux législations, de sorte que l'on n'a jamais pu savoir auquel, du roi ou du prêtre, il fallait obéir. Marsile rétablit l'unité; il ne reconnaît aucun pouvoir à l'Eglise, car le pouvoir n'est autre chose que la souveraineté, et l'Eglise ne peut avoir une part quelconque dans la souveraineté, sans ruiner la souveraineté de l'Etat. Le docteur italien est le seul écrivain politique du moyen âge qui nie le pouvoir spirituel de l'Eglise : c'est l'unique moyen de ruiner les usurpations de l'Eglise dans leur fondement. Les conséquences tombent avec le principe; si l'Eglise n'a pas de pouvoir spirituel, il est impossible qu'elle ait un pouvoir temporel. Et tant qu'on lui reconnaîtra une puissance spirituelle quelconque, elle revendiquera, comme conséquence logique, la souveraineté temporelle, ce qui aboutit à la négation de l'Etat et du droit laïque.

146. Les attaques des hérétiques ébranlèrent la puissance de l'Eglise dans le domaine des idées; la réforme du seizième siècle ne fit que consacrer une révolution qui s'était préparée lentement pendant les longs siècles du moyen âge. Luther voulut réaliser l'idéal de Moïse que tout homme est prêtre : c'était détruire radicalement le pouvoir spirituel avec toutes les conséquences qui en dérivent. Les laïques prirent le réformateur au mot; ils se crurent tout aussi spirituels que les clercs, et ils le prouvèrent en délibérant, dans leurs diètes, sur les intérêts de la religion et de l'Eglise. Ainsi la réforme mit fin au dualisme de la vie sur lequel était fondée la prétention du pouvoir spirituel. La vie est une, et toute vie est sainte : plus de puissance spirituelle appartenant à une Eglise qui est en dehors de l'Etat et au-dessus de l'Etat. La souveraineté est une, et elle s'étend aux choses spirituelles comme aux choses temporelles : cette souveraineté unique appartient à l'Etat. La doctrine nouvelle ne se développa pas sans lutte, et sans déchirement. Il y a bien des incon-

séquences dans la révolution religieuse du seizième siècle; elle prétendait revenir au christianisme primitif, et elle fut le premier pas hors du christianisme traditionnel.

La philosophie a les coudées plus franches, elle n'est pas liée par des écritures saintes. C'est sous son inspiration que s'accomplit la révolution inaugurée au moyen âge; elle revendique l'unité et la plénitude de la puissance souveraine contre les envahissements du prétendu pouvoir spirituel; elle fait rentrer l'Eglise dans l'Etat, elle donne à l'Etat une action sur l'Eglise et même sur la religion, tout en respectant la liberté religieuse. Il restait encore dans le protestantisme des débris de la croyance catholique; l'idéal des réformateurs tendait à faire de tout laïque un prêtre, plutôt que de tout prêtre un laïque. Voltaire et la révolution à sa suite proclamèrent que les prêtres n'étaient que des officiers de morale salariés par l'Etat. C'était détruire le dernier prestige de la puissance dite spirituelle; dans la nouvelle ère ouverte en 89, il n'y aura plus ni clercs ni laïques, mais des hommes, des citoyens, la société tout entière sera sécularisée; alors seulement il pourra être question d'un droit qui unit tous les hommes. La gloire de la philosophie est d'avoir préparé cet idéal. « Plus de laïques, dit Hegel, voilà la grande conquête du dix-huitième siècle. Les Barbares sont des laïques, parce qu'ils ont besoin d'un prêtre qui les initie à la vie intellectuelle et morale et qui les gouverne : c'est l'âme qui domine sur le corps, comme on disait au moyen âge. Les hommes qui pensent sont leurs propres souverains. Partant les libres penseurs sont les vrais émancipateurs de l'humanité. » Dans cet ordre d'idées, il ne peut plus être question de deux puissances dans un même Etat. Voltaire dit, comme Boniface VIII, que ce serait une espèce de manichéisme qui, établissant deux principes, livrerait l'univers à la discorde. Le pape en concluait que l'Etat est soumis à l'Eglise; le philosophe en conclut que l'Eglise est soumise à l'Etat.

II. *L'unité laïque. Le principe de la diversité.*

147. L'unité du moyen âge comprend, à côté du pape,

mpereur. Une unité à deux têtes est une impossibilité; le contient le germe d'une lutte fatale. En réalité, la lutte du sacerdoce et de l'empire a rempli le moyen âge, jusqu'à ce que l'empire ne fût plus qu'un vain mot. Quand les empereurs disparaissent de la scène, les rois prennent leur place; représentants de la souveraineté laïque, ils combattent les usurpations de l'Eglise; ce long combat n'est pas encore à sa fin, mais l'issue n'est plus douteuse : le principe de nationalité l'emportera sur l'unité catholique, et ce principe est aussi le fondement du droit civil international. Est-ce à dire que l'unité soit définitivement vaincue, et que la diversité triomphe? Non, il y a dans l'unité du moyen âge un élément laïque, l'idée de l'empire. Elle a une glorieuse origine, la domination du peuple-roi; Charlemagne y a attaché son nom; et si dans la lutte avec la papauté, elle parut succomber, elle eut néanmoins d'illustres représentants, les empereurs de la maison de Souabe, les plus grandes figures du moyen âge. L'idée de l'empire a encore eu une fortune plus grande, c'est de trouver des défenseurs dans le grand poëte de l'Italie, et dans le génie universel de Leibniz. Il faut nous arrêter à cette nouvelle forme que prend le principe de l'unité; il aboutit à la vraie théorie de l'unité, harmonisée avec la diversité.

148. L'idée de l'unité domine chez Dante; jamais l'unité n'a été glorifiée comme elle l'est par le poëte italien; c'est plus qu'un idéal, il déclare que la diversité est le mal absolu, tandis que l'unité est le bien par excellence. Mais, chose singulière, quoique Dante soit un penseur catholique, ce n'est pas dans la Rome pontificale qu'il va chercher le principe de son unité, c'est dans la Rome païenne. L'unité est le but que Dieu a assigné au genre humain; c'est pour la réaliser qu'il a créé le peuple romain, en lui donnant comme mission de vaincre et de gouverner les nations. Les empereurs d'Allemagne sont les héritiers des Césars; ils sont les maîtres du monde. L'Eglise reconnaissait l'empereur comme vicaire du Christ, comme chef temporel de la chrétienté, mais elle le subordonnait au chef spirituel, au successeur de saint Pierre.

En sa qualité de gibelin, Dante ne pouvait accepter cette dépendance; son monarque universel n'est soumis qu'à Dieu.

Ainsi Dante sécularise l'idée de l'unité : son origine est séculière, et son but est temporel. La destinée de l'humanité consiste dans le développement des facultés intellectuelles et morales de l'homme. Pour qu'elle puisse atteindre ce but, qui lui est assigné par Dieu même, il faut que la paix et l'harmonie règnent dans le monde. La monarchie universelle peut seule la procurer. Voilà la justification de l'unité laïque. C'est un immense progrès sur l'unité catholique. Le but de notre existence sur cette terre est parfaitement établi : c'est notre perfectionnement. L'unité n'est plus qu'un moyen. Dante croit que la monarchie garantit la paix tout ensemble et la liberté. Il s'est fait illusion. Le monarque universel, loin d'être un type de charité, est fatalement un principe d'égoïsme; les Césars poussaient l'égoïsme jusqu'à la folie. Si la paix régnait sous l'empire, c'était la paix de la servitude, la paix de la mort. En réalité, l'empire ne fut qu'un point d'arrêt dans la décadence de l'antiquité, en attendant qu'une nouvelle ère s'ouvrît, et dans ce nouvel âge de l'humanité, les Barbares domineront, c'est-à-dire l'élément de diversité (1).

149. Toutefois le principe d'unité a aussi sa raison d'être. Dante vivait dans un pays déchiré par des dissensions continuelles; la haine divisait les républiques et la guerre régnait jusque dans l'intérieur des cités. Ce n'était certes pas là l'idéal de la société humaine. Il faut un lien entre les hommes, pour établir l'unité et la paix; alors la force fera place au droit et à la charité. L'idée de l'unité par l'Empire fut reprise par Leibniz. Le philosophe allemand était aussi convaincu que l'empire romain avait passé légitimement aux empereurs d'Allemagne; et que de droit l'unité romaine existait encore. Mais au dix-septième siècle, les nationalités s'étaient formées, et le faible empereur d'Allemagne ne pouvait prétendre à dominer sur les

(1) Voyez, sur la doctrine de Dante, son livre *de Monarchia*, analysé dans mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. VI, p. 137, § II.

ois. Telle n'était pas la pensée de Leibniz. Ce qui le prouve, c'est sa correspondance avec Bossuet. Il voulait amener l'unité dans l'Eglise, déchirée par le schisme protestant, mais il ne parvint pas à s'entendre avec Bossuet sur les conditions de l'union, et s'il ne s'entendit pas avec le plus modéré des catholiques, c'est parce qu'il ne voulait d'une unité qui compromettrait l'indépendance des nations, et la liberté des individus. Cette même opposition existait aussi dans les idées politiques de Leibniz : il voulait une société du genre humain, il aspirait à l'unité, mais il n'entendait pas lui sacrifier toute diversité. De là une certaine indécision dans la doctrine du philosophe allemand. Ce n'est pas une contradiction; les deux éléments d'unité et de diversité sont dans la nature, c'est la gloire de Leibniz d'avoir aperçu cette grande vérité; mais il a eu tort de chercher l'unité dans le passé, sous la forme de l'empire : l'unité romaine est une fausse unité, l'unité païenne ou laïque, aussi bien que l'unité chrétienne ou catholique (1).

Ces idées ont reçu une expression plus claire et plus précise au dix-neuvième siècle. Deux esprits éminents, Mancini en Italie, et Bluntschli en Allemagne, ont donné une formule du principe de l'unité qui le concilie avec le principe de la diversité, c'est l'unité dans la variété. La terre est une et diverse, l'humanité est une et diverse. Ces deux éléments sont empreints dans la création, la science en doit tenir compte, sinon elle mutile l'œuvre de Dieu. L'unité qui absorberait toute diversité aboutirait à la mort, car elle détruirait la vie dans son principe, la vie étant essentiellement individuelle. Mais toutes ces existences si variées tendent à l'unité, le but des individus et leur destinée étant identiques. Ce but a été marqué par Dante, c'est le perfectionnement des hommes, dans les conditions que Dieu a faites au genre humain. N'en faut-il pas conclure que l'humanité doit être organisée de manière à favoriser le perfectionnement des hommes? L'or-

(1) Comparez le tome XI de mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité* (*La Politique royale*), p. 524-528.

ganisation s'arrête maintenant aux nations, qui consti tuent chacune un Etat particulier et indépendant. Il n'y d'autre lien entre les Etats que celui qui résulte des con ventions, ils ne reconnaissent pas d'autre autorité supé rieure. Il en résulte que le droit international manque d sanction; les différends des nations se vident, non par l justice, mais par la guerre. La guerre est une entrave au perfectionnement, elle doit faire place au règne du droit. L'organisation de l'humanité assurera la paix. Ce ne sera pas une monarchie universelle à la façon de l'empire romain, ni une unité religieuse ayant à sa tête le pape; la monarchie de Rome, au lieu d'être un principe de perfectionnement, a été une cause de décadence; le monde ancien aurait péri d'inanition si Dieu n'avait envoyé les Barbares pour inaugurer une vie nouvelle. Quant à l'unité catholique, elle n'a jamais été qu'une utopie. L'unité future, loin de détruire la vie individuelle des nations, garantira leur libre développement. L'homme n'a rien perdu en entrant dans les liens de l'état social; c'est, au contraire, dans la société qu'il trouve le moyen de se perfectionner. Il en sera de même des nations quand elles entreront dans les liens de la société du genre humain; elles conserveront leur individualité, tout en étant soumises à des lois générales, mais ces lois concerneront uniquement le maintien du droit; à tous autres égards, les nations seront libres et se développeront dans une entière liberté (1). Je ne reproduirai pas ici les doutes que j'ai émis ailleurs sur l'efficacité d'une confédération universelle pour la conservation de la paix; il suffit de constater que la doctrine de l'unité, telle qu'elle est présentée par Mancini e Bluntschli, n'est pas l'unité absolue; qu'elle respecte les diversités nationales, comme l'œuvre de Dieu. Cela suffi pour notre science; le droit international privé peut rece voir son développement complet par la voie de traités sans que les nations forment un corps unique, sous form de confédération.

(1) Mancini, *Diritto internazionale*, p 76-79. Bluntschli, *Staatsrec* t. I, p. 43, suiv., et *Staatswoerterbuch*, au mot *Weltmacht und Weltre* t. XI, p. 184 et 185.

N° 4. L'UNITÉ CATHOLIQUE ET LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

150. Que l'unité soit une loi de la nature humaine, personne ne le contestera; s'il y a désaccord, c'est sur la portée et l'étendue du principe. L'unité catholique n'est pas un accident dans l'histoire, elle a eu sa raison d'être. J'ai exposé ailleurs la mission de la papauté et de l'empire, en rendant justice aux papes comme aux empereurs (1); il n'y a pas de plus grandes figures au moyen âge que Grégoire VII et Innocent III, et les Hohenstaufen brilleront toujours au premier rang parmi les héros de l'humanité. Pour le moment, je dois constater l'influence que l'unité catholique a eue sur le droit international privé.

Sous l'empire romain, il n'y avait plus d'étrangers, sauf les Barbares qui entouraient l'empire comme des bêtes fauves prêtes à se jeter sur leur proie. L'unité catholique présente à peu près le même spectacle. L'Eglise ne connaît pas la distinction des classes; à ses yeux, il n'y a ni nobles, ni vilains, à plus forte raison n'y a-t-il pas d'étrangers. Au treizième siècle, le roi de Hongrie refusa de reconnaître comme évêque un homme de basse condition; le pape Clément IV lui écrivit : « Tous les hommes ont une même origine, vivent sous un même ciel, respirent un même air, et sortent également nus du sein de leur mère. La distance immense qui est entre le Créateur et la créature efface la légère différence qui existe entre le roi et le serf. Qu'est-ce que la noblesse extérieure, la distinction de naissance? Rien qu'un accident, une institution humaine; mais ce que les hommes font ne peut lier la Providence. Dieu distribue les dons de l'esprit sans avoir égard au classement des rangs. A ses yeux, il n'y a ni nobles ni vilains. » Ce que le pape dit des vilains est vrai aussi des étrangers. Grégoire VII écrit au roi de Castille qu'il n'ait point honte de mettre à la tête de l'Eglise des étrangers ou des hommes de basse extraction,

(1) Voyez mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. VI (*la Papauté et l'Empire*).

pourvu qu'ils soient capables. « Rome païenne et chrétienne a grandi, dit le pape, parce qu'elle n'a pas pris en considération la noblesse de la naissance et de la patrie, mais les vertus de l'âme. » Au moyen âge, l'Eglise pratiquait cette sainte égalité : à l'héritier des Fiesque, comtes de Lavagna, au descendant des comtes de Signia, on vit succéder, sur la chaire de saint Pierre, le fils d'un savetier de Troyes.

C'est un beau spectacle que le règne de la capacité. Mais le vice de la monarchie universelle vient corrompre ce qu'il y a de grand dans le dogme de l'égalité. La domination que le pape exerçait sur toute la chrétienté a d'inévitables écueils ; elle conduit fatalement à l'exploitation de l'Eglise, dans l'intérêt de l'ambition pontificale. Les papes s'arrogèrent la disposition des bénéfices dans toute la chrétienté. Il leur était impossible, même en les supposant animés des meilleures intentions, de concilier l'intérêt général avec les exigences des intérêts individuels. Trop souvent le souverain pontife donnait les bénéfices à des étrangers, à des Italiens, à des parents, au préjudice des clercs indigènes, et au détriment de la religion. On vit les favoris des papes jouir des plus riches bénéfices sans remplir les fonctions qui y étaient attachées, tandis que les clercs qui passaient leur vie dans l'étude végétaient dans la misère. Ces abus sont inhérents à toute monarchie universelle; ce qui distingue celle de Rome, c'est que les abus furent déclarés légitimes. « Le pape, disaient les canonistes, est au-dessus du droit : comment pourrait-il léser la justice? Il peut dispenser de la pluralité des bénéfices, il peut les donner de préférence à ses compatriotes, à ses parents, il peut même les vendre (1). » Voilà la malédiction attachée à une puissance qui se dit divine!

Par un juste jugement de Dieu, l'exploitation des Eglises particulières au profit des Romains tourna contre Rome. L'Angleterre était plus que tout autre pays la proie des

(1) Voyez les témoignages dans mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. VII (*la Féodalité et l'Eglise*), p. 75 et suiv.

Italiens. En 1240, le pape ordonna à l'archevêque de Cantorbéry d'installer trois cents Romains dans les premiers bénéfices vacants. Ces bénéficiers vivaient la plupart loin de l'Angleterre, et dissipaient dans les délices le patrimoine des pauvres. L'insolente exploitation des étrangers excita une haine violente, qui éclata dans une insurrection générale contre les clercs étrangers. Dès le treizième siècle, on murmurait le mot de schisme. Au seizième siècle, les abus de la monarchie pontificale poussèrent une partie de la chrétienté à la révolte, et l'unité catholique fut brisée pour toujours (1).

151. La monarchie universelle ne produit aucun bien sans qu'un vice y soit attaché. On dit que le droit y règne ainsi que la paix. En effet, le droit de l'Eglise est universel et le pape se dit l'arbitre des rois. Mais les rois n'acceptent pas cet arbitrage, parce que ce serait une servitude, et l'universalité du droit cache une guerre implacable. J'ai dit quelles sont les monstrueuses prétentions de la papauté sur les terres habitées par les infidèles (n° 137). Voici quelle était la condition des hérétiques, d'après la législation de l'Empire : c'est l'Eglise qui dicte et les rois écrivent. Innocent III dit que les hérétiques sont coupables de lèse-majesté divine. Frédéric II dit que l'hérésie est un crime plus horrible que le crime de lèse-majesté, parce qu'il s'attaque à la Divinité ; l'empereur regrette presque de ne pas trouver de peine plus forte que la mort pour punir cet exécrable attentat. Le législateur punit les enfants par la confiscation, toujours parce que leurs pères sont coupables de lèse-majesté divine. L'infamie aussi est héréditaire ; toutefois la loi se montre miséricordieuse ; elle fait grâce de l'infamie aux enfants qui auraient dénoncé les auteurs de leurs jours. Ainsi la plus grande des infamies est récompensée comme une vertu ; les crimes deviennent des devoirs, et les devoirs deviennent des crimes. Voilà l'unité catholique ! Les canonistes nous diront ce qu'elle signifie : « C'est Dieu même qui nous

(1) Voyez les témoignages dans le t. VI de mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, p. 421-423.

commande de tuer les hérétiques. Ce sont des membres de Satan; qu'ils périssent jusqu'au dernier. *Ceux qui sont hors de l'Eglise sont hors de la loi;* le premier venu peut leur donner la mort! » L'unité catholique, c'est la guerre à mort contre tous ceux qui n'appartiennent pas à l'Eglise (1).

152. Après cela, on ose parler d'un droit des gens chrétien : ce droit, dit-on, est particulier aux peuples chrétiens, ceux qui ne sont pas chrétiens restent en dehors du droit des gens. C'est la conséquence de la doctrine des canonistes, et ceux-ci n'ont fait que formuler, avec la brutalité de la logique, les vices qui entachent l'unité catholique, et la tache est une tache de sang : c'est la flétrissure éternelle de la vérité qui se prétend révélée. Je crois inutile de m'arrêter à ce droit des gens chrétien, qui exclut l'immense majorité du genre humain, alors qu'il est de l'essence du droit international d'embrasser tous les peuples. Il est cependant bon de constater à quoi aboutit le dogme de l'unité fondée sur la révélation : à une division éternelle des chrétiens et des non-chrétiens, c'est-à-dire à la négation d'un droit des gens. Quant aux applications que l'on fait de cette théorie au droit international privé, elles sont plus ridicules qu'odieuses. Un Prussien fait un testament à Tombouctou, d'après les formes qui y sont usitées. Vaudra-t-il en Prusse? Non, répond un légiste chrétien. Ainsi, ce qui se fait chez un peuple non chrétien, en vertu des lois, n'a aucune valeur dans un pays chrétien (2)!

Laissons là ce prétendu droit des gens chrétien. Il a perdu tout crédit, bien que la Sainte Alliance de 1815 ait essayé de le ressusciter : cette restauration-là s'en est allée avec la restauration politique. Le droit humain a pris la place du droit chrétien : on n'a pas encore nié que les non-chrétiens soient des hommes, donc ils doivent participer au droit qui régit tous les hommes comme tels, abstraction faite de leurs croyances religieuses. Cela est

(1) J'ai cité les textes dans le t. VI de mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, p. 441 et 442.
(2) Günther, dans le *Rechtslexikon* de Weiske, au mot *Gesetz*, t. IV, p. 723 et 754.

devenu un axiome du droit international (1). Cependant les préjugés chrétiens ne sont pas entièrement dissipés. Nous les retrouverons quand j'entrerai dans les détails du droit international privé; au lieu d'être un appui pour le droit, la tradition chrétienne devient une entrave. Je me bornerai à citer un exemple. L'Eglise catholique n'admet point le divorce; consacré par le code, il a été aboli sous un régime de réaction politique et religieuse. En faut-il conclure que la perpétuité du lien conjugal est d'ordre public, dans le sens du droit international privé, c'est-à-dire que les tribunaux français ne peuvent ni prononcer le divorce entre époux étrangers, ni en reconnaître les effets légaux? Ce serait, à mon avis, élever un préjugé chrétien à la hauteur d'une théorie. La notion même du droit international s'oppose à ce que l'on tienne compte des confessions religieuses; c'est un droit qui est séculier de son essence, car il est universel, et partant il doit faire abstraction des dogmes religieux, qui sont particuliers aux croyants : le droit a pour sujets, non des fidèles, mais des hommes. C'est la conclusion pratique de notre discussion sur l'unité catholique; et cette conclusion est l'excuse des longs détails dans lesquels j'ai dû entrer pour la justifier. L'histoire du droit se rattache par un lien intime à l'histoire de l'humanité. En effet, le droit est une face de la vie, et l'on ne peut comprendre les diverses manifestations de la vie qu'en étudiant la vie générale.

§ II. *Les Barbares. La diversité absolue.*

N° 1. IMPORTANCE DE L'ÉLÉMENT BARBARE DANS LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT INTERNATIONAL.

153. Les peuples qui détruisirent l'empire romain et qui ouvrent une nouvelle ère de l'humanité, s'appellent Barbares; eux-mêmes se donnent ce nom, et ils en sont fiers. Est-ce à dire que l'âge qu'ils inaugurent est une époque de barbarie qui vient prendre la place de la bril-

(1) Bluntschli. *Das moderne Völkerrecht*, p. 61 et 62 (3e édition).

lante civilisation de la Grèce et de Rome? La réponse à cette question est bien différente, selon qu'on consulte les historiens de race latine ou les écrivains allemands. « Lisez Tacite sur les mœurs des Germains, dit Buffon, c'est le tableau de celles des Hurons. » Des historiens célèbres ont développé la pensée du grand naturaliste; à côté de chaque paragraphe de Tacite, ils placent un trait de la vie des sauvages; la comparaison aboutit à une similitude parfaite : « Les Germains négligeaient l'agriculture, ils ne vivaient guère que de la chasse ou du pâturage; il en est de même des sauvages de l'Amérique. On trouve à peine dans la Germanie un élément de société civile et politique; les sauvages aussi jouissent de la liberté la plus illimitée; chacun fait ce qu'il lui plaît. Là où il n'y a pas d'Etat, il ne peut y avoir de justice sociale; les Germains, comme les sauvages, vengent eux-mêmes les injures qu'ils reçoivent (1). »

Si les peuples qui conquirent l'empire romain étaient des sauvages, peut-on leur attribuer une influence quelconque sur le développement de la civilisation et notamment le droit? Les partisans de Rome déplorent la victoire des Germains comme le plus grand malheur qui ait frappé l'Europe : « Fléaux de l'Occident, ils n'ont rien apporté de bon aux peuples vaincus, pas même l'esprit de liberté. Déjà dans leurs forêts, les Germains, loin de se complaire dans une fière indépendance, aimaient à se mettre dans la dépendance d'un chef. De ces relations naquit, après la conquête, le vasselage féodal, avec ses distinctions dégradantes. Sortis des forêts, les Barbares pouvaient-ils apporter autre chose que la barbarie? Tant que leur esprit domina, on ne connut ni liberté, ni droit : plus d'Etat, dissolution générale de la société. Le germanisme est le mauvais génie de la civilisation (2). »

154. Les écrivains allemands repoussent comme une calomnie l'assimilation que l'on fait des Germains et des

(1) Guizot, *Cours d'histoire de la civilisation*, VIIe leçon Robertson, *Histoire de Charles Quint*, notes.

(2) Guerard, *Polyptique d'Irminon*, t. I. 199, suiv., 275, suiv. *Idem*, dans la *Bibliothèque de l'Ecole des Chartes*, IIe série, t. IV, p. 378.

sauvages; ils ne veulent pas même que leurs ancêtres aient été des Barbares : ils n'avaient de la barbarie que les apparences : leur vie était sédentaire, ils étaient adonnés à l'agriculture. S'il est vrai que les partisans de Rome calomnient les conquérants de l'empire, il faut avouer que les germanistes les idéalisent. On ne peut nier que les peuples germaniques ont régénéré l'Europe, et encore aujourd'hui ils étendent leur empire et leur influence sur toutes les parties du monde : partout sous leurs pas germe une civilisation forte et progressive. Le patriotisme allemand s'est enivré de ces magnifiques conquêtes : transportant le présent dans le passé, il a cru trouver dans les forêts de la Germanie tout ce que les sociétés modernes ont de liberté, d'humanité, de grandeur (1). Cette exaltation de la race germanique ne tient compte, ni de la civilisation ancienne qui nous a été transmise par Rome, ni de l'influence du christianisme qui humanisa les Barbares. Ce sont les Germains qui sauvèrent le monde de la corruption romaine; ce sont eux qui constituèrent l'Europe; c'est d'eux que nous tenons nos institutions sociales, la liberté, le droit, la vie : partout où leur sang généreux se répand, il y a progrès et avenir : là où il n'a pas pénétré, il y a langueur et mort (2).

155. A mon avis, l'idéal que les germanistes tracent de leurs ancêtres est plus près de la vérité que la satire qu'en font leurs détracteurs. Les Germains étaient barbares, quand ils paraissent sur la scène de l'histoire, ils n'étaient pas sauvages; un abîme les sépare des populations abruties dont on trouve les derniers débris en Amérique; celles-ci s'éteignent au contact de la civilisation, tandis que les Germains sont la plus perfectible des races humaines.

Les sauvages n'ont aucune mission historique : leur lot est de mourir. Qui pourrait contester le rôle que les

(1) Voyez les détails dans mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. V (*les Barbares et le Catholicisme*), p. 19, 20.

(2) Gans, *Vermischte Schriften*, t. II, p. 129. Gerard, *La Barbarie franke et la civilisation romaine* (Bruxelles, 1845), a développé cette thèse jusqu'à ses dernières exagérations.

peuples de race germanique jouent dans la vie de l'humanité? Ils détruisent l'empire romain, et on les accuse d'avoir détruit la civilisation ancienne. Les admirateurs de Rome oublient que c'est l'empire aux abois qui a appelé les Barbares, pour remplir ses légions et pour peupler ses terres, cette magnifique civilisation que l'on regrette avait conduit le monde ancien à la mort, il n'y avait plus ni laboureurs, ni soldats. L'invasion des Barbares ne fit que précipiter la ruine, mais en même temps ils donnèrent une vie nouvelle à l'Europe, que la monarchie universelle de Rome avait épuisée. Que mettent-ils à la place de la fausse unité qui avait entraîné la décadence des vainqueurs et des vaincus? On leur reproche qu'ils n'avaient point l'idée de l'Etat, et qu'ils ne connaissaient que des relations individuelles. L'accusation est leur titre de gloire. S'ils avaient eu le génie de l'unité, ils auraient reconstruit à leur profit l'empire dont l'apparente grandeur les frappait d'admiration. Ils avaient, au contraire, le génie de la diversité, de l'individualité; en dépit des efforts de Charlemagne, l'Europe se morcela en une infinité de petits Etats, berceau des nations modernes; et du sein de ce chaos que l'on maudit, sortit notre civilisation, libre tout ensemble et progressive.

Cependant une nouvelle domination menace les nationalités naissantes : Rome catholique, si elle l'avait emporté, n'aurait laissé ni indépendance aux peuples, ni liberté aux individus. C'est l'opposition de la race germanique qui arrête l'ambition de la papauté, et permet aux nations de se constituer. Mais il reste aux papes le prestige de leur pouvoir spirituel, danger permanent pour la liberté; un homme de race germanique brise la tyrannie pontificale en revendiquant la souveraineté religieuse pour le croyant, c'est-à-dire pour l'homme. La révolution du seizième siècle profite aussi aux nations. C'est un fait qui n'a pas été assez remarqué. On cherche les origines du droit des gens dans le christianisme; je viens de dire que c'est une illusion (n°s 131-137). Qui a inauguré la science du droit international? C'est un écrivain réformé, Grotius, moitié théologien, moitié légiste, et notre science

›urs été cultivée avec une certaine prédilection dans
ys protestants, qui appartiennent aussi à la race
nique. Les nations catholiques, de race latine, con-
ent une tendance vers l'unité : ce sont des princes
ques, espagnols et français, que l'histoire accuse
: aspiré à la monarchie universelle, tandis que les
alités trouvèrent leurs défenseurs les plus énergi-
u sein du protestantisme, germanique d'origine et
ıce.

3. L'histoire révèle la mission que Dieu a donnée
ces et aux peuples. Il est certain que le droit des
procède de la race germanique et des révolutions
elles elle a présidé. Il faut dire plus : la notion
du droit qui relie les hommes était inconnue aux
s, bien que Rome soit célébrée, et à juste titre,
e le peuple juridique par excellence. L'esclavage
radicalement l'idée du droit; en effet, chez les an-
le droit n'est point l'attribut de l'homme, il n'appar-
qu'au citoyen : l'esclave, et par suite le Barbare,
ans droit. Pour qu'il y ait un droit humain, il faut
ıomme, comme tel, soit un être juridique. Cette
ient des Germains. Montesquieu dit que la liberté a
:ines dans les forêts de la Germanie; cela est vrai
liberté civile et politique; donc les éléments essen-
e la civilisation moderne nous viennent des Ger-
. C'est plus qu'une illusion que de transformer les
en patriarches du libéralisme, c'est une falsification
stoire; et c'est aussi fausser l'histoire que de pré-
que le christianisme abolit l'esclavage : cette
e révolution est due à l'influence de la race germa-
Quel est donc le génie de cette race qui détruit
les monarchies universelles, de la race qui conçoit
l'unité, qu'elle divise et morcèle l'Europe en Etats
ıent petits, de la race qui conquiert la liberté civile
tique; de la race qui affranchit la conscience et la
:? C'est la personnalité, l'individualité.

7. Les écrivains de race latine reprochent aux Ger-
d'ignorer l'unité et de n'aimer que les relations in-
elles. Cela est vrai, mais l'accusation est un titre de

gloire. Dans les rapports d'individu à individu le droit intervient nécessairement, comme règle et comme loi; si toutes les relations deviennent individuelles, le droit les régira toutes et il sera le lien universel des hommes. L'esclave ne sera pas exclu, et dès qu'on lui reconnaît la capacité juridique, on le déclare virtuellement égal de l'homme libre. Les relations entre Etats seront aussi soumises à l'empire du droit, et par la même raison. L'Etat disparaît après l'invasion des Barbares, il n'y a que des relations contractuelles entre les possesseurs de la terre. Ce droit finit par devenir un droit entre les peuples. Et si les nations sont des êtres capables de droit, comment les étrangers seraient-ils sans droit? Montesquieu a tort de reprocher aux peuples du Nord la barbarie du droit d'aubaine; ce sont, au contraire, les Barbares qui ont rendu possible un droit entre étrangers. Le droit est l'expression de la personnalité, et tout homme a une personnalité qui est indestructible, qui l'accompagne partout : voilà bien le fondement du droit international privé (1).

158. Il nous reste à admirer le gouvernement de la Providence. Qui a élevé les Germains dans la solitude de leurs forêts? Qui leur a donné la passion de l'indépendance? Qui leur a fait dédaigner les villes et les a rendus incapables de comprendre l'Etat et sa souveraineté? Les Barbares ont-ils détruit l'Empire romain pour fonder le droit international, public ou privé? Telle a cependant été leur mission, et ils l'ont remplie, comme s'ils en avaient conscience. Des Barbares on peut dire, avec Bossuet, qu'ils ont fait ce qu'ils ne voulaient point. Qui donc l'a voulu? A moins de répondre que c'est Sa Majesté le Hasard, comme disaient les incrédules au dernier siècle, il faut dire : C'est la Providence divine qui dirige les destinées des hommes.

Le gouvernement providentiel éclate encore quand on met en regard les peuples germaniques, le christianisme et l'antiquité. Il y a un lien si intime entre les Barbares et le christianisme que l'on ne sait si Dieu a envoyé les

(1) Comparez plus haut nº 18.

Barbares pour répandre et consolider la religion chrétienne, ou s'il a envoyé Jésus-Christ pour élever les Barbares. Pour rester dans les limites de cette Etude, je me bornerai à constater le fait que les Barbares représentent l'élément de diversité, tandis que Rome et l'Eglise représentent l'élément d'unité. Si l'un des principes dominait à l'exclusion de l'autre, l'humanité périrait, soit par la destruction de la vie individuelle, soit par la dissolution de tout lien social. Il faut que chacun des deux éléments ait sa place dans l'organisation de la société. Voilà pourquoi les Barbares, destructeurs de l'unité romaine, coexistent avec Rome, organe de l'unité chrétienne. L'un des principes complète l'autre et ils neutralisent réciproquement les vices qui leur sont inhérents. Pendant les longs siècles qui séparent l'antiquité de l'époque moderne, les deux éléments de l'unité et de la diversité se développent, au milieu de la lutte qui les divise. L'empire et la papauté se détruisent l'un l'autre; les nationalités prennent leur place, non plus isolées et hostiles comme elles l'étaient dans l'antiquité, mais ayant conscience d'un lien commun qui les unit.

159. Les deux éléments de l'unité et de la diversité, qui paraissent contraires et inalliables, tendent à se concilier, pour aboutir à l'unité dans la variété. C'est ce mouvement qui entraîne l'humanité dans sa marche vers l'accomplissement de ses destinées, et il se produit aussi dans le domaine de notre science. L'unité absolue en serait la négation; voilà pourquoi il n'y a pas eu de droit international, ni privé ni public, sous l'empire de Rome, qui réalise l'ambition de l'antiquité, la monarchie universelle. Mais la diversité absolue serait aussi un obstacle au développement d'un droit appelé à régir toutes les fractions du genre humain; de là, malgré la personnalité germanique, la réalité des coutumes féodales, c'est-à-dire le règne exclusif des innombrables souverainetés qui se partagent l'Europe au moyen âge. L'opposition tend à disparaître par la conciliation de ce qu'il y a d'un et de divers dans les lois ainsi que dans toute la nature. Les deux principes sont empreints dans la création, comme si Dieu

avait voulu montrer aux hommes la voie dans laquell
doivent marcher pour remplir leur mission. La nat
tout entière présente le spectacle d'une variété infini
déployant sur un fond identique. Les éléments différe
demandent et produisent des organisations différent
mais ils constituent dans leur ensemble une même ter
Les langues sont diverses, comme marque du génie div
qui distingue les branches de la grande famille humai
toutefois les règles fondamentales des langues sont
mêmes, parce qu'elles sont l'expression d'une raison id
tique. Les religions diffèrent, mais il y a, dans toutes,
croyances communes, rayons de la vérité éternelle qui il
mine l'humanité. Le droit varie d'un pays à l'autre, ce
n'empêche pas, quoi qu'en dise Pascal, qu'il y ait des règ
d'une vérité absolue que l'on trouve partout. En définiti
l'unité dans la variété, telle est la loi universelle qui ré
le monde.

A ce point de vue, on peut rendre justice à l'unité r
maine et à l'unité chrétienne, aussi bien qu'à la diversi
germanique. Toutefois les deux éléments ne doivent p
être mis sur la même ligne. Si l'unité est légitime et n
cessaire, ce n'est pas comme but, c'est comme moyen. L
but est le développement des facultés dont Dieu a do
l'homme; or, c'est l'individu qui est appelé à se perfectio
ner; le salut, comme disent les théologiens, est une œuv
essentiellement individuelle. Mais le perfectionnement,
vie même, n'est possible que dans l'état de société; l
philosophes ont raison de dire que nous ne pouvons tr
vailler à notre salut, sans travailler au salut des autr
Rien n'est plus contraire au développement des facul
intellectuelles et morales que l'égoïsme. L'homme ne p
donc jamais s'isoler, s'il veut travailler à son perfecti
nement. Néanmoins, c'est ce travail qui est notre
suprême; tout le reste n'est qu'un moyen. Dante s'y
trompé quand il a présenté l'unité comme le bien abs
d'où suivrait que la diversité est le mal absolu. Quel
doux que soit le nom de paix, elle n'est pas le dern
terme de nos efforts; c'est un moyen, comme l'Etat l
même, qui la réalise dans une certaine mesure, n'est qu

moyen. S'il en est ainsi, il faut dire que l'individualité germanique est supérieure à l'unité de Rome païenne et chrétienne : l'unité est le moyen et le moyen est subordonné au but.

N° 2. L'INDIVIDUALITÉ GERMANIQUE.

160. Le principe d'individualité que les Germains ont apporté au monde est l'élément essentiel de l'humanité moderne : c'est par là qu'elle se distingue profondément de l'antiquité. Chez les Grecs et les Romains, la cité domine : le citoyen est tout, et l'homme rien. C'est comme membre de la cité que l'homme est libre et capable de droit; ceux qui se trouvent hors de la cité sont sans droit : tels sont les esclaves et les étrangers. Les Grecs connaissaient si peu les droits de l'homme comme tel, qu'Aristote considérait l'esclavage comme fondé sur la nature humaine, et il enseignait aussi que les Barbares étaient créés pour être les esclaves des Hellènes; de fait, les Barbares peuplaient les marchés d'esclaves, et les derniers penseurs de l'antiquité les assimilaient toujours aux bêtes fauves qui peuplent les forêts. La nature humaine était méconnue dans son essence. C'est le vice du monde ancien. Il en résulta que l'antiquité n'avait aucune idée d'un droit qui lie tous les peuples comme membres de la société universelle du genre humain. Les Grecs et les Romains méconnaissaient même le droit et la liberté dans l'intérieur de la cité. Fondée sur la force, puisqu'elle était fondée sur l'esclavage, la cité ne reconnaissait pas aux citoyens des droits qui leur fussent naturels, et que la cité ne pût leur enlever; le citoyen était absorbé par l'Etat, de sorte qu'en face de l'Etat le citoyen n'était rien. Le citoyen n'était donc pas libre, dans le sens que nous attachons à ce mot : la liberté consistait à être souverain, c'est-à-dire à exercer la puissance suprême, et la souveraineté était illimitée. Cette notion de la liberté est fausse; elle fut le principe d'une lutte irremédiable entre l'aristocratie et la démocratie. La guerre intestine qui déchirait les cités aboutit, en Grèce, à la tyrannie, à Rome, à l'em-

pire, c'est-à-dire à l'égalité sous le despotisme, et la domination de la force conduisit à la mort de l'antiquité.

Telle fut la destinée de la cité grecque et de la cité romaine. Cela n'empêche pas la cité de jouer un grand rôle dans l'histoire de l'humanité. Dans l'Orient, régnaient les castes chez les peuples théocratiques, et la force brutale chez les peuples conquérants : on n'y savait ce que c'était que la liberté et le droit. Dans le monde occidental, la cité organise pour la première fois le règne du droit et de la liberté; pour l'établir, elle doit concentrer toutes les forces individuelles, le citoyen doit se confondre dans la cité, de sorte que la cité et le citoyen ne fassent qu'un. De là la forte attache du citoyen à sa patrie; hors de la cité, il n'est plus rien, il est sans droit. Il en est de même des cités entre elles; ce sont comme autant de forteresses, entre lesquelles la guerre est l'état naturel. La force règne partout, mais au moins dans la cité le citoyen est libre et il a des droits, quoiqu'il ne les tienne pas de sa nature (1).

161. Lorsque des cités de la Grèce et de Rome on passe dans les forêts de la Germanie, c'est comme si l'on entrait dans un autre monde. Les Germains ne s'emprisonnaient pas dans une cité; c'est à peine s'il y avait un lien social entre les membres d'une même tribu : l'homme était tout, l'Etat n'était rien, il n'existait pas. Dans cette indépendance sauvage, au milieu de la liberté des forêts, la personnalité de l'homme devait prendre un développement considérable, excessif : elle forme le trait caractéristique des Barbares; et c'est du sang germain qui coule dans nos veines que nous tenons la passion de liberté individuelle qui distingue les nations modernes. Les anciens ne connaissaient pas la liberté telle que nous l'aimons aujourd'hui, et telle que nous la pratiquons. Nous ne concevons pas que l'homme soit libre, si l'on ne respecte son individualité; l'Etat, loin de détruire la personnalité humaine, doit lui assurer son libre développe-

(1) Voyez, sur l'importance de la cité dans le développement du droit, l'excellent ouvrage d'Ihering, *l'Esprit du droit romain*, t. I, p. 227-2[illegible] (traduction de M. de Meulenaere).

nent : c'est le but, la société est le moyen (n° 159). Cet élément de la nature humaine, étouffé dans les cités étroites de l'antiquité, se développa dans les forêts de la Germanie. Il importe de nous arrêter à ses premières manifestations, car tout notre état social, et notamment notre droit, sont en cause. Nos mœurs, nos idées, sont imbues de l'esprit d'individualité des Germains : de là le point d'honneur qui fait la dignité de l'homme, de là le respect de la personnalité humaine chez tous les êtres faibles que l'antiquité sacrifiait à la force, les femmes, les enfants, les esclaves : de là le droit des nations qui ont leur personnalité aussi bien que les individus.

162. La religion joue un grand rôle dans le développement de l'humanité. Chez les anciens, elle se confondait avec l'Etat ; preuve, combien ils méconnaissaient la nature humaine : ils sacrifiaient à la toute-puissance de l'Etat ce qu'il y a de plus intime dans notre nature, la conscience. L'esprit d'individualité est, au contraire, fortement empreint dans les idées religieuses des peuples du Nord. Les Germains n'ont pas de corps sacerdotal, chaque père de famille est prêtre (1) : c'est la prêtrise générale du protestantisme, qui détruit radicalement la tyrannie religieuse. Le caractère individuel de la religion chez les Germains a encore une signification plus profonde ; il frappa César, qui prit soin de le constater, mais sans se rendre compte de la différence qui sépare la conception germanique de celle de l'antiquité. César nia en plein sénat l'immortalité de l'âme. Cette triste doctrine tenait au panthéisme, qui absorbe l'homme en Dieu, comme l'Etat antique absorbait le citoyen. Les rudes habitants de la Germanie avaient le sentiment de l'immortalité, qui manquait aux Grecs et aux Romains ; cette croyance rendait les guerriers invincibles ; ils cherchaient la mort, car la mort pour eux était la continuation, pour mieux dire, l'idéal de la vie, une vie éternelle de combats ; c'est le germe de la philosophie moderne qui considère la vie à venir comme l'idéal de la vie présente.

(1) Tacite, *Germ.*, c. 10. César, *De la Guerre des Gaules*, VI, 21.

163. Le sentiment de l'indépendance individuelle suit le Germain dans toutes les relations de la vie. A Rome, la famille repose sur l'idée de puissance, c'est-à-dire sur la force. Elle se concentre dans son chef, et qu'est-ce que le père de famille? C'est, dit Ulpien, celui qui a le *domaine* dans sa maison. Le domaine absorbe tout droit, toute personnalité : femme, enfants, esclaves, tous sont soumis, au même degré, à l'empire du père de famille, ce sont des choses plutôt que des personnes. La famille germaine se concentre aussi dans son chef. C'est lui qui la représente, c'est à lui qu'appartient la *composition* de tous les siens; mais il n'est plus le maître, il n'est que le protecteur. La *puissance* se change en *tutelle*, le droit du père de famille n'est plus un domaine, c'est la *mainbournie*, la *garde*. L'enfant conserve sa personnalité; il peut acquérir et il acquiert pour lui. La femme aussi reste une personne, elle a ses droits; s'agit-il d'aliéner un de ses propres, elle figure dans l'acte, le mari n'intervient que pour donner son autorisation. Ce sont les principes de notre droit français (1).

Mais le droit moderne ne va pas aussi loin que les lois barbares. Nous ne comprendrions pas qu'un homme brise les liens qui l'attachent à sa famille : c'est le sang qui crée la parenté, et peut-on renier le sang, et l'empêcher de couler dans nos veines? Eh bien, jusque-là va le besoin impérieux d'individualité qui règne chez les Germains; quoique la famille soit fortement constituée, l'homme peut rompre les relations que la nature a formées : « Si quelqu'un, dit la Loi salique, veut renoncer à ses parents, il se présentera dans l'assemblée du peuple, portant quatre verges de bois d'aune, et il les brisera sur sa tête, en déclarant qu'il n'y aura plus rien de commun entre eux et lui (2). » Cela paraît excessif; mais il a fallu cette forte personnalité pour détruire la fausse unité de Rome. Dieu

(1) Voyez les détails et les témoignages dans mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. VII (*la Féodalité et l'Eglise*), p 125-129.

(2) Lex Salica, 63. Galand dit (*Du franc alleu*, p. 325) : « Aucuns ont estimé que de là venait cette forme de parler, *rompre la paille*, pour *renoncer à l'amitié*. »

veillera à ce que l'excès d'individualité soit corrigé et neutralisé par une religion dont la mission est inséparable de celle des Barbares; le christianisme leur inspire la charité, et le droit romain, legs de l'antiquité, les plie sous les lois de l'Etat. Les Barbares, de leur côté, empêchent l'unité catholique d'absorber les nations et les individus. Les deux éléments se complètent l'un l'autre.

164. L'individualité domine encore dans la justice : de là le combat judiciaire et les guerres privées. Ici les Germains se trouvent en opposition avec les peupels modernes aussi bien qu'avec l'antiquité. Aujourd'hui comme à Rome, l'individu plie sous la loi sociale. Est-ce à dire que la justice germanique soit une marque de barbarie? Il y a de la barbarie, puisque la justice individuelle tient à l'absence d'une justice rendue par l'Etat; mais tout n'est point barbarie, même dans cette expression brutale du droit de la force, que les Allemands appellent *droit du poing* (*faustrecht*). D'où vient le préjugé que l'on appelle *point d'honneur?* Nos lois le punissent, et elles ne parviennent pas à le déraciner; on peut hardiment affirmer qu'il durera aussi longtemps qu'il coulera une goutte de sang germain dans nos veines. Le point d'honneur tient à ce qu'il y a de plus intime dans la personnalité. L'homme n'existe plus, moralement parlant, quand son honneur est lésé; il a plus que le droit, il a le devoir de repousser toute atteinte à son honneur. Quand peut-on dire que sa personnalité est attaquée, et quelle voie l'homme doit-il prendre pour maintenir son honneur sauf? Chez les Barbares, tout délit était une atteinte à la personnalité de la partie lésée, et lui permettait de se faire droit à elle-même; c'est l'individu qui prononce la sentence et l'exécute. On modifia ensuite ce droit de guerre, en le soumettant à des formes judiciaires. Dès qu'il y eut une justice sociale, le combat disparut.

Mais le combat judiciaire a encore une autre face. On lit dans une vieille loi germanique : « Si un homme dit à un autre ces mots outrageants : *Tu n'es pas un homme;* ou : *tu n'as pas le cœur d'un homme;* et que l'autre réponde : *Je suis un homme aussi bien que toi;* qu'ils se

— Voilà le droit.
le l'antiquité. Le
point désho
un Germain n'a
C'est un s
au monde.
cherché à le r
Le sentime
en ce sens i
droit du poin
écrivains les
sans que
moyen âge lai
et le dévelo
suprême que l'ho
passe et cède
de r
c'est pour
c'est pou

aités pour établir entre les royaumes fraternels les apports d'intérêt privé qui existent aujourd'hui entre euples étrangers. Il y a chez les Franks, comme chez ous les Germains, une incapacité véritable de fonder unité.

Voilà un défaut qui tient à la barbarie. Mais le défaut st en même temps une qualité. Si les conquérants de 'Empire avaient eu le génie de l'unité, ils l'auraient maintenue; et l'unité barbare aurait reproduit tous les maux de 'unité romaine, avec un vice de plus, la barbarie. Heureusement que la diversité était dans les idées et dans les mœurs des conquérants, elle fut plus puissante que les entatives d'unité, plus puissante que le génie de Charlemagne, parce que l'empereur voulait l'impossible. A côté le l'empereur, il y a de grands propriétaires, bénéficiers, comtes, ducs, qui sont aussi des seigneurs, ayant des hommes libres dans leur dépendance; le lien qui les rattache à leur seigneur est plus fort que celui qui les relie à l'Etat. De là la dissolution de l'empire et la féodalité. Ce n'est pas une époque d'anarchie, comme disent les historiens. Le régime féodal n'a pas produit la diversité, il l'a réglée; sous l'apparente anarchie se développent les germes des futures nationalités. La féodalité ne mérite point tous les reproches qu'on lui adresse : c'est de la société féodale que procède l'humanité moderne.

166. En apparence les Barbares sont une force brutale qui renverse et détruit. Il y a, en effet, un élément destructeur dans la race germanique. Mais jusque dans le domaine de la force, le principe de l'individualité exerce son heureuse influence. La conquête romaine conduit à l'unité, la conquête germanique à une diversité infinie. Après quelques siècles de la domination de Rome, les vaincus étaient devenus Romains de langage, de droit, de mœurs. L'invasion des Barbares présente un spectacle out différent : les vaincus conservent leur existence individuelle; les diverses races coexistent sur le même territoire, avec leurs institutions et leur génie particulier. De là la personnalité du droit : c'est un trait caractéristique de la conquête barbare; l'importance en est capitale pour

rencontrent sur le grand chemin. » Voilà le droit. Il en a pas une trace chez les peuples de l'antiquité. Le p grand capitaine de la Grèce ne se crut point déshon pour s'être laissé menacer du bâton; un Germain n'aur pas souffert ce que souffrit Thémistocle. C'est un sen ment nouveau que les Barbares apportent au monde. L rois les plus puissants ont vainement cherché à le régl ou à le proscrire; eux-mêmes y cédaient. Le sentiment l'honneur fait la noblesse de l'homme; en ce sens il indestructible. Il n'y a pas jusqu'au *droit du poing* q n'ait eu sa légitimité relative; un des écrivains les pl originaux d'Allemagne en a fait l'apologie, sans que l' puisse trop l'accuser de paradoxe. Le moyen âge laiss une libre action aux forces individuelles, et le développ ment de ces forces n'est-il pas le but suprême que l'hom poursuit en ce monde? Que la barbarie passe et cède à civilisation, rien de mieux; mais gardons-nous de rép dier le sentiment qui inspirait nos pères; c'est pour l'i dividu la dernière arme de l'honneur blessé, c'est pour l peuples la suprême garantie de leur liberté violée (1).

165. Toutefois les admirateurs de Rome n'ont p tout à fait tort de crier à la barbarie. L'idée de l'Et n'existait pas chez les Germains; les relations politiqu se confondaient avec les relations privées. Pour les ro franks, l'Etat consiste en villes, en domaines, en revenu De là les partages que les rois firent de la monarchie c'est un propriétaire qui distribue ses biens entre ses e fants. Charlemagne fit un partage à une époque où il po tait déjà le titre d'empereur; il oubliait qu'il était restaurateur de l'empire pour agir comme un Mérovi gien.

L'Etat est une nécessité, puisqu'il est l'organe de société, et, sans la société, les individus ne peuvent perfectionner ni même vivre. Quoique les copartagean fussent des frères, les sujets de l'un étaient considér comme étrangers dans les Etats de l'autre; il fallait d

(1) Comparez, sur le combat judiciaire et le droit du poing, le t. VII d mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, p. 117 et 151.

traités pour établir entre les royaumes fraternels les rapports d'intérêt privé qui existent aujourd'hui entre peuples étrangers. Il y a chez les Franks, comme chez tous les Germains, une incapacité véritable de fonder l'unité.

Voilà un défaut qui tient à la barbarie. Mais le défaut est en même temps une qualité. Si les conquérants de l'Empire avaient eu le génie de l'unité, ils l'auraient maintenue; et l'unité barbare aurait reproduit tous les maux de l'unité romaine, avec un vice de plus, la barbarie. Heureusement que la diversité était dans les idées et dans les mœurs des conquérants, elle fut plus puissante que les tentatives d'unité, plus puissante que le génie de Charlemagne, parce que l'empereur voulait l'impossible. A côté de l'empereur, il y a de grands propriétaires, bénéficiers, comtes, ducs, qui sont aussi des seigneurs, ayant des hommes libres dans leur dépendance; le lien qui les rattache à leur seigneur est plus fort que celui qui les relie à l'Etat. De là la dissolution de l'empire et la féodalité. Ce n'est pas une époque d'anarchie, comme disent les historiens. Le régime féodal n'a pas produit la diversité, il l'a réglée; sous l'apparente anarchie se développent les germes des futures nationalités. La féodalité ne mérite point tous les reproches qu'on lui adresse : c'est de la société féodale que procède l'humanité moderne.

166. En apparence les Barbares sont une force brutale qui renverse et détruit. Il y a, en effet, un élément destructeur dans la race germanique. Mais jusque dans le domaine de la force, le principe de l'individualité exerce son heureuse influence. La conquête romaine conduit à l'unité, la conquête germanique à une diversité infinie. Après quelques siècles de la domination de Rome, les vaincus étaient devenus Romains de langage, de droit, de mœurs. L'invasion des Barbares présente un spectacle tout différent : les vaincus conservent leur existence individuelle; les diverses races coexistent sur le même territoire, avec leurs institutions et leur génie particulier. De là la personnalité du droit : c'est un trait caractéristique de la conquête barbare; l'importance en est capitale pour

notre science, j'y reviendrai. De là aussi la division de l'Europe en une foule de petites souverainetés isolées, indépendantes. Ici éclate la supériorité de la barbarie germanique sur l'unité romaine. L'unité de l'empire conduisit à la mort, la diversité germanique à la vie. Cela paraît paradoxal, mais c'est un fait, et les faits ne sont point des paradoxes. En traitant de la féodalité, je signalerai un autre fait qui paraîtra encore plus étrange ; c'est que l'individualisme barbare, tel qu'il s'est développé sous le régime féodal, est le premier germe du droit, et que de là aussi procède la liberté moderne.

167. Que l'on me permette d'ajouter un mot sur l'importance que le principe de l'individualité a pour le dix-neuvième siècle. Philosophes et politiques le méconnaissent également. Infidèles au génie de leur race, les penseurs allemands enseignent un panthéisme dans lequel disparaissent Dieu, l'homme et les nations : il faut les ramener dans les forêts de la Germanie, pour qu'ils s'y pénètrent de ce vif sentiment de personnalité qui animait leurs ancêtres. Les guerriers du Nord faisaient des prodiges de valeur avec la conviction que la mort est la continuation de la vie et en même temps une vie meilleure. Jetons un regard autour de nous; l'énergie de l'homme s'affaisse ; si on veut la ranimer, il ne faut pas l'emprisonner sur cette terre ; il faut lui montrer une vie infinie et progressive, comme un idéal à atteindre. Il y a, d'un autre côté, une doctrine funeste, qui séduit les classes travailleuses et souffrantes ; elle prétend substituer la vie de la société à celle des individus, tandis que la société n'est qu'un milieu, qui doit être organisé de manière que l'individu y trouve toutes les conditions pour le développement de ses facultés physiques, intellectuelles et morales. Le socialisme et le communisme sont aussi une manière de panthéisme ; c'est une doctrine de mort ; l'homme ne vit que par son individualité et sa personnalité. Que ceux que l'on appelle les Barbares du dix-neuvième siècle, se retrempent dans la barbarie germanique, c'est-à-dire dans l'énergie individuelle : là est le principe de vie.

N° 3. LA PERSONNALITÉ DU DROIT.

168. Au neuvième siècle, l'archevêque de Lyon, Agobard, se plaint de la diversité des lois : elle est si grande, dit-il, qu'il arrive souvent que de cinq personnes qui conversent ensemble, il n'y en a pas deux qui sont régies par la même coutume. (1) Le droit variait d'après la race : les Franks étaient jugés par la loi salique ou la loi ripuaire, les Romains par la loi romaine, les Bourguignons par la loi des Bourguignons, les Alamans, les Saxons, les Frisons, les Longobards, étaient régis chacun par la loi de sa nation. C'est ce qu'on appelle le système des *lois personnelles*. On le trouve établi dans les recueils de coutumes (2), connus sous le nom de *Lois barbares*. Il ne faut pas confondre les lois personnelles des peuples germains avec les lois ou statuts personnels du droit français. Dans notre droit moderne, une même loi régit tous ceux qui sont membres de l'Etat où la loi a été portée ; le code Napoléon reçoit son application à tous les Français, quelle que soit la race à laquelle ils appartiennent, Français, Belges, Allemands, Bretons, Espagnols. En général, les lois n'ont d'autorité que dans les limites du territoire sur lequel s'étend le pouvoir du législateur ; toutefois certaines lois, celles qui concernent l'état et la capacité des personnes, régissent les Français, même résidant en pays étranger. On appelle ces lois personnelles, parce qu'elles sont attachées à la personne ; le Français ne peut s'y soustraire en quittant sa patrie ; s'il est mineur d'après le code civil, il restera mineur à l'étranger et partant incapable. Chez les Barbares, la loi personnelle était la loi nationale de chaque homme ; de sorte que, dans le royaume des Franks, il y avait autant de lois diverses que d'hommes appartenant aux diverses tribus ou nations, bien que tous fussent membres d'un seul et même empire. Et ces lois personnelles étaient applicables en toute matière,

(1) Agobard, *Ad legem Gundobadam*, c. 4 (Op., t. I, p. 111, édit. de Baluze).

(2) Voir les textes dans Mlle de Lézardière, *Théorie des lois politiques de la monarchie française*, t. II, Preuves, p. 54-57.

même aux délits ; le Frank était régi en toutes choses par la loi de sa tribu, la loi salique ou la loi ripuaire; il en était de même de ceux qui appartenaient à d'autres tribus barbares, ainsi que des Gallo-Romains, ou des Italiens. Nos lois personnelles sont aussi nationales, en ce sens que c'est la nationalité qui détermine la loi par laquelle l'état est régi, et de l'état dépend la capacité ou l'incapacité de la personne, mais les lois personnelles du code Napoléon ne sont applicables qu'à certaines relations juridiques, elles ne le sont jamais en matière pénale. Aujourd'hui il n'y a qu'un seul code civil pour toute la France; tandis que sous le régime des Barbares il y avait cinq ou six codes différents, pour les hommes de race franke, allemande, lombarde, bourguignonne, gothique.

169. Pourquoi les lois étaient-elles personnelles chez les Germains? Montesquieu répond : « L'esprit des lois personnelles était chez les peuples germains, avant qu'ils partissent de chez eux; ils le portèrent dans leurs conquêtes. Tous étaient libres et indépendants; quand ils furent mêlés, l'indépendance resta encore; le territoire était le même, les nations étaient diverses : chaque homme dans ces nations mêlées dut être jugé par la coutume de sa propre nation. » Savigny, le célèbre jurisconsulte de Berlin, a critiqué cette explication : « On ne comprend pas, dit-il, comment l'amour de l'indépendance et de la liberté ait pu produire le système des lois personnelles. Que le Germain, vivant au milieu d'une peuplade étrangère, ait désiré d'être jugé d'après le droit de sa race, cela est naturel; mais on ne conçoit pas que le peuple étranger ait accédé à ce désir (1). » La critique s'adresse à la forme que Montesquieu a donnée à sa pensée, plutôt qu'au fond. Ce n'est pas, comme il le dit, l'amour de l'indépendance et de la liberté qui a produit le système des lois personnelles, c'est l'esprit d'individualité et de personnalité qui caractérise les Barbares. Les lois barbares ne sont qu'un recueil d'anciennes coutumes, ce

(1) Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, t. I, p. 90 et suiv.

'est pas une législation nouvelle. N'en serait-il pas de même du caractère personnel de ces lois? On trouve la personnalité des lois chez tous les peuples germains : n'est-ce pas une raison de croire que ce système existait déjà avant l'invasion? Savigny objecte que l'application des lois personnelles ne se conçoit pas à une époque où les diverses tribus vivaient isolées. C'est une hypothèse : que savons-nous de l'état des tribus germaines avant la conquête? Rien (1). D'ailleurs Montesquieu ne dit point que les lois étaient déjà personnelles avant la conquête, il dit que l'esprit des lois personnelles était chez les peuples germains, et cela ne peut guère être contesté. La personnalité des lois est en harmonie avec le caractère d'individualité qui distingue les peuples germains; en ce sens on doit dire avec Montesquieu que l'esprit des lois personnelles remonte aux forêts de la Germanie, comme on dit que nos libertés politiques y ont leur racine.

Savigny croit que le droit personnel naquit du choc de la conquête. Le vainqueur garda ses coutumes et laissa les Romains se régir par la loi romaine. Lorsque les Barbares se firent la guerre entre eux, ils suivirent la même politique à l'égard des vaincus; de là la personnalité du droit. Cette explication n'est pas tout à fait satisfaisante. On comprend la diversité du droit d'après la race, tant que les Barbares furent en présence des Romains; les vainqueurs ne pouvaient songer à communiquer leur droit aux vaincus, c'eût été les égaler aux Germains, alors que ceux-ci affectaient pour les Romains le plus souverain mépris, à ce point que, dans le système des compositions, les Romains n'étaient estimés qu'à la moitié de la valeur d'un Barbare (2). Mais le droit ne séparait pas seulement les Barbares et les Romains, il séparait aussi les tribus germaniques. Ici, il n'y avait aucun obstacle à l'unité du droit. Les Barbares étaient frères par le sang; leurs cou-

(1) Grimm (*Deutsche Rechtsalterthümer*, t. I, p. 397 et 398) croit que le système des lois personnelles existait avant la conquête, pour les individus établis ou voyageant à l'étranger. De témoignages, il n'y en a point.

(2) Sur le mépris des Barbares pour les Romains, voyez mes *Etudes*, t. V (*les Barbares et le Catholicisme*), p. 90.

tumes avaient la même origine, le même caractère; cepe
dant elles continuèrent à diviser les membres d'une mê
famille, comme s'ils étaient d'origine différente. La co
quête à elle seule n'explique donc pas la personnalité d
droit.

170. L'explication de Montesquieu est plus vraie q
celle de Savigny. Toutefois elle est incomplète. D'où vie
l'esprit d'individualité qui caractérise les Barbares? C'e
le génie de leur race; or, les nations et les qualités qui l
distinguent viennent de Dieu; les hommes y mêlent leu
imperfections et leurs défauts. Quand nous célébrons le
Germains comme ayant inauguré une ère nouvelle d
l'humanité, en animant les peuples de l'esprit d'individua
lité qui constitue la vie, c'est Dieu que nous glorifion
c'est Dieu qui a fait de la barbarie un bienfait, mais l
barbarie n'en reste pas moins la marque d'une race in
culte. C'est parce que les Germains n'avaient pas un
idée de l'Etat et de l'unité qu'il implique, qu'ils ne songè
rent pas à établir l'unité du droit dans leurs conquêtes.
Chez les Romains, la conquête aboutit à l'unité du droit,
parce que le peuple-roi avait au plus haut degré le génie
de l'unité; et aujourd'hui le premier soin du conquérant
est de mettre les vaincus sur la même ligne que les vain-
queurs, en leur accordant la jouissance des mêmes droits
civils et politiques. Les Germains ne connaissaient que la
tribu; cet esprit étroit règne dans leurs conquêtes comme
dans toutes les relations de la vie. Voilà pourquoi la di-
versité du droit subsista dans l'empire de Charlemagne.
L'empereur aimait l'unité, par un instinct de conquérant;
en acceptant la couronne impériale des mains du pape, il
prit en quelque sorte l'engagement d'unir dans un seul
corps les éléments divers de sa vaste monarchie. Mais
Charlemagne était plus roi des Franks qu'empereur; i
maintint les lois des Barbares et la personnalité du droit
expression de la diversité des races. Dans un même em
pire coexistaient des tribus germaniques, des Gallo
Romains et des Italiens, sans qu'il y eût un lien commu
entre les sujets d'un même empire. En réalité, il n'y avai
ni Etat, ni sujets. Cela choquait les hommes nourris dans

nité chrétienne. Agobard, archevêque de Lyon, repré-nta à Louis le Débonnaire que cette diversité de cou-mes était en opposition avec l'unité de l'Eglise et de Etat ; là où il n'y a qu'une foi et un roi, il ne devrait y voir qu'un droit. Mais Agobard recule lui-même devant tte immense révolution ; convaincu que l'unité du droit t impossible, il se borne à demander que l'empereur olisse la loi des Bourguignons. Ce vœu modeste ne fut s exaucé : les lois personnelles restèrent en vigueur aussi ngtemps que dura la domination des Franks.

171. On a dit que la personnalité du droit n'a jamais xisté que dans l'empire des Franks (1). C'est une erreur. e système régit encore aujourd'hui la Turquie (2). Les ainqueurs laissèrent aux vaincus leur droit et une espèce 'autonomie ; les Grecs, les Arméniens, les Slaves con-ervèrent leur organisation religieuse et civile, telle qu'ils avaient lors de la conquête ; les Turcs se bornent à gou-erner, et le gouvernement ne consiste guère que dans la erception du tribut imposé aux populations conquises ; s ne se mêlent pas de la justice. Comme chez les Turcs a loi civile se confond avec la loi religieuse, les conqué-ants laissèrent aux vaincus, avec leur religion, une auto-omie civile très étendue, en investissant les chefs des iverses communautés religieuses d'une autorité analogue celle du sultan. Ce système fut étendu aux Européens ui s'établirent dans les échelles du Levant pour y trafi-uer : les colons y sont régis par leurs propres lois ; cette utonomie leur est garantie par des capitulations, espèce le traités qui interviennent entre le sultan et les étran-gers représentés par leur gouvernement. Les capitulations ne peuvent être modifiées sans le consentement des parties contractantes. De là cette singulière conséquence que les lois qui concernent les étrangers et les droits qui leur sont assurés ne les obligent que lorsque les Etats respectifs

(1) Je l'ai dit dans mes *Etudes*, t. V (*les Barbares et le Catholicisme*), p. 167.

(2) Il existe aussi dans l'Inde anglaise et française, ainsi que dans l'Al-érie, mais avec un autre caractère et pour d'autres causes qu'en Tur-uie et dans l'empire des Franks. J'y reviendrai dans la partie spéciale de es *Etudes*.

les ont acceptés (1). On peut à peine dire que l'Etat s souverain, car il ne procède pas par voie d'ordre et commandement; les rapports entre le gouvernement et l étrangers sont réglés par le droit international et non p le droit public. On ne dira certes pas que cette étran organisation soit due à un esprit libéral, ni même à tolérance du vainqueur; car le conquérant peut très bi laisser aux vaincus et aux étrangers la liberté religieu la plus complète, sans leur accorder une autonomie q détruit la notion même de l'Etat. C'est tout simpleme incapacité, barbarie orientale. On a dit des Turcs qu'i sont campés en Europe; ils exercent leur domination s des peuples juxtaposés, entre lesquels il n'y a aucun lie et entre les vainqueurs et les vaincus, il n'y a d'autre li que la force.

172. Chez les Turcs, le droit est encore aujourd'h personnel, comme il l'était il y a quatre siècles, au pr mier jour de la conquête. Dans les États germaniques, contraire, le droit cessa d'être personnel avec la domin tion des Barbares. La personnalité du droit suppose qu coexiste dans un même empire des races diverses, et di tinctes par leur origine, les mœurs, les sentiments et l idées. Dès que les races se fondent, la diversité de dr n'a plus de raison d'être; il faut dire plus, elle serait d'u application impossible. Cette fusion se fit dans l'empi fondé par les Barbares, elle ne se fit point dans l'empi turc. Dans le royaume des Franks, la religion fut un li entre les vainqueurs et les vaincus, ainsi qu'entre les verses tribus germaniques; tandis que chez les Turcs e est un obstacle invincible à la fusion des races : les Tur ne se feront jamais chrétiens, et, de leur côté, les chi tiens croient apostasier en se convertissant au Coran; l'ordre civil et l'ordre religieux se confondant, la divisi religieuse entraîne nécessairement la séparation civile politique. Cet obstacle n'existait point chez les Barbare par suite la fusion était inévitable; après une coex

(1) Voyez un rapport de M. Léon Verhaeghe de Naeyere, secrétaire légation à Constantinople (dans le *Recueil des secrétaires de légation Belgique*, t. 1, p. 249 et suiv.).

nce de plusieurs siècles, le Frank salien ne se distin-uait plus du Frank ripuaire, ni le Gallo-Romain du Ger-main. Entre les tribus germaniques, il y avait un lien de arenté et communauté de mœurs ; on peut même s'étonner u'il ait fallu des siècles pour opérer la fusion : cela prouve mbien la personnalité était tenace chez les Germains, lle tenait à ce qu'il y a de plus intime chez l'homme, au aractère que donne le sang ; il a fallu le mélange des tribus pour former une race nouvelle et un sang nou-veau.

Entre Romains et Germains, il y avait de plus l'orgueil de race de part et d'autre. On connaît le mépris des Ro-mains pour les Barbares ; les Gallo-Romains partageaient ces sentiments : les mœurs de leurs vainqueurs, leur exté-rieur à demi sauvage inspiraient aux Gaulois une invin-cible répugnance. La barbarie des conquérants et la civi-lisation romaine paraissaient inalliables. Ecoutons un évêque de race latine parlant des Barbares. Sidoine Apollinaire regrette que les *cœurs de corne* et les *fibres de glace* de ces nations *bestiales* ne se soient pas amollis par l'éducation : « Nous n'en serions pas maintenant à *railler*, à *mépriser*, à *redouter* dans ces peuples leur *férocité stupide* qui s'exhale en *inepties*, en *fureurs*, en *brutalités* comme celle des *animaux sauvages* (1). »

Les Germains, loin d'envier la culture intellectuelle qui avait amolli les Romains, se faisaient gloire de leur bar-barie ; ils se donnaient eux-mêmes le titre de Barbares, jadis une insulte, maintenant un honneur. Les Romains craignaient leurs terribles vainqueurs, tout en les mépri-sant. De leur côté, les Germains n'avaient que du dédain pour la race dégénérée des vaincus. « Lorsque nous autres Barbares, dit Luitprand, nous voulons insulter un ennemi, nous l'appelons Romain ; ce nom signifie lâcheté, bassesse, débauche, mensonge ; il renferme à lui seul tous les vices (2). » C'est un évêque de race germanique qui tient ce

(1) Sidon. Apollinar., *Epist.* IV, 1 ; VII, 14.

(2) Luitprand. *Legatio* (Muratori, *Scriptores rerum italicarum*, t. II, P. I, p. 481).

langage méprisant, et il le tient au nom de tous les Barbares.

L'opposition qui a sa source dans la civilisation cède toujours au long contact des vainqueurs et des vaincus. Il importe toutefois de remarquer que si les Romains civilisèrent leurs rudes vainqueurs, ils changèrent aussi de caractère et de mœurs en vivant avec eux. Les Gaulois se firent barbares ; ils devinrent fiers, arrogants, turbulents, comme leurs maîtres. Lisez dans Grégoire de Tours le portrait du patrice Celsus; vous le prendriez pour un Frank chevelu : « Homme élevé de taille, fort d'épaules, robuste de bras, plein d'emphase dans ses paroles : il était si avide qu'il spoliait fréquemment les églises. » Un excellent historien déplore cette invasion de la barbarie : « Les Gallo-Romains, dit Augustin Thierry, entraînés par l'exemple et par un instinct d'indépendance brutale que la civilisation ne peut effacer du cœur de l'homme, se jetaient dans la vie barbare, méprisant tout, hors la force physique (1). » Oui, la barbarie l'emporta, et il faut se féliciter de ce que l'esprit d'indépendance, même sous des formes barbares, se communiqua aux vaincus; la civilisation romaine, tant regrettée par les écrivains de race latine, n'était plus qu'une honteuse décrépitude; les Barbares régénérèrent les Gallo-Romains en leur communiquant l'esprit d'individualité, de personnalité qui les caractérise.

173. Quelle fut la destinée du droit après que la fusion des races fut accomplie? De personnel il devint territorial. Je reviendrai sur cette révolution, en traitant de la féodalité. Pour le moment je dois m'arrêter à la personnalité du droit. C'est le premier germe du droit civil international. Avant tout, il faut voir comment ce système fonctionnait. Il en reste peu de témoignages, encore sont-ils obscurs; mais les traits généraux suffisent à notre but (2).

(1) Aug. Thierry, Préface des *Considérations sur l'histoire de France*.
(2) Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge*, t. I, p. 103 et suiv. de la traduction, §§ 39 et suiv. Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 16 et 33.

En principe, chacun suivait le droit de sa nation. Il y avait des exceptions. En se mariant, la femme acquérait le droit de son mari. Elle l'acquérait, sans y être forcée, car elle pouvait ne pas l'accepter, et conserver son droit originaire ; en tout cas, elle reprenait sa loi personnelle quand elle devenait veuve. Aujourd'hui nous ne comprendrions pas que la femme se réservât sa nationalité, et par suite son droit national ou personnel (dans le sens de l'article 3 du code civil). La femme perd nécessairement sa nationalité ; en ce sens, sa loi personnelle se confond avec celle de son mari. Chez les Barbares le vif sentiment d'individualité l'emporte sur le lien du mariage : la femme germaine conserve son droit national, si elle le veut, quoique son mari soit Romain. Comment se réglaient, dans ce cas, les rapports entre les époux, et leurs conventions matrimoniales ? Nous l'ignorons.

L'Eglise vivait d'après le droit romain, c'est-à-dire que les établissements ecclésiastiques, considérés comme personnes civiles, étaient régis par la loi romaine. Le fait est remarquable à bien des égards. La personnalité du droit se confond avec la nationalité des personnes qu'il régit ; si l'Eglise suit le droit romain, c'est qu'elle est romaine de race. N'est-ce pas dire qu'elle est étrangère ? Son droit est partout le même ; elle est donc en dehors et au-dessus des sociétés politiques. C'est un principe gros de conséquences dangereuses. Sous le régime barbare, cette situation se comprend ; il n'y avait point d'Etat ; la race dominait ; or l'Eglise s'appelait romaine, et elle est une, la même partout, donc son droit devait être partout le droit romain.

Les clercs partageaient la condition de l'Eglise, ce sont eux qui constituent l'Eglise, en ce sens que les clercs sont seuls le partage du Seigneur ; les laïques sont le peuple qui participe au salut par l'intermédiaire du clergé. Il est donc très logique que les clercs suivent le droit romain. Toutefois, la chose est douteuse. Hegel dit que les clercs conservèrent leur droit national chez les Lombards (1). Ce

(1) Hegel, *Städteverfassung*, t. 1, p. 436-443.

qui est certain, c'est que les clercs et même les églises avaient la faculté de renoncer au droit romain; les premiers gardaient, en ce cas, leur droit national. Faut-il conclure de là avec Savigny que le droit commun pour les clercs lombards était le droit romain? Ou faut-il dire avec Hegel que les clercs, ainsi que les Romains en général, étaient soumis au droit lombard? Les témoignages paraissent être en faveur de cette dernière opinion (1).

Les enfants suivaient le droit national de leur père, de préférence à celui de leur mère, en supposant que celle-ci eût conservé le sien. Quant aux enfants naturels, on leur reconnaissait la faculté de choisir le droit d'après lequel ils voulaient vivre. Le fils d'une Romaine pouvait donc, en ce sens, se faire Barbare. C'était une inconséquence; mais il ne faut pas s'attendre, chez les Germains, à la rigueur du droit qui distingue le peuple-roi.

174. Y avait-il des lois générales applicables à tous les habitants de l'empire frank, quelle que fût leur nationalité? Il y a quelque doute. On donne le nom de capitulaires aux lois des princes carlovingiens. Certains capitulaires se rapportaient exclusivement aux lois nationales des diverses tribus germaniques : c'étaient des additions, des changements apportés aux anciennes coutumes, telles qu'elles avaient d'abord été rédigées. Ces capitulaires, se confondant avec les lois nationales, ne pouvaient pas avoir d'autorité sur les autres tribus germaniques, même les Romains. Il y avait ensuite des dispositions spéciales que le législateur barbare imposait aux vaincus. D'après le principe du droit personnel, le vol fait à un Romain aurait dû être régi par la loi romaine, sans considérer la nationalité du voleur : la loi salique décréta, au contraire, que le Frank qui volerait un Romain payerait une amende de trente solides, tandis que le Romain qui volait un Frank devait payer une amende de soixante solides et demi : l'orgueil du conquérant était poussé jusqu'à l'iniquité. Enfin il y avait des capitulaires généraux :

(1) Troya, *Della condizione dei Romani vinti da Langobardi* (Milano, 1844).

s'appliquaient-ils à toutes les parties de l'Empire, qui comprenait le royaume des Franks (France et Allemagne), le royaume des Lombards, et le territoire romain ou grec (Rome et l'exarchat)? On l'ignore. Toujours est-il qu'il y avait des lois générales qui ne tenaient aucun compte de la diversité des races. C'était un premier pas fait hors de la personnalité du droit : les capitulaires généraux avaient une autorité territoriale, comme les coutumes du moyen âge et les lois modernes. Mais cette législation a peu d'importance, à raison de la faiblesse du pouvoir central; il est inutile de discuter l'étendue d'une autorité qui de fait n'existait point.

175. Même en laissant de côté les capitulaires, il y avait un grand nombre de lois personnelles, régissant les diverses tribus germaniques et les populations d'origine latine. Des conflits entre les droits divers étaient inévitables : d'après quelle règle les décidait-on? C'était une situation analogue à celle où se trouvait l'ancienne France, au sortir du régime féodal. Les coutumes qui la régissaient avaient été jadis le droit des petits Etats féodaux, châtellenies, baronnies; elles continuèrent à régir la France, après que les rois eurent détruit la féodalité politique. C'est alors que se forma la théorie des statuts : il était de principe que les coutumes étaient réelles, mais on admettait une exception pour les statuts concernant l'état et la capacité des personnes. Dans l'empire des Franks, les lois ou coutumes étaient personnelles, en ce sens que toutes les relations juridiques étaient régies par le droit national de la personne. Mais deux personnes d'origine différente pouvaient contracter, avoir des procès : d'après quelles règles vidait-on le conflit? On ne le sait.

Il *paraît,* dit Savigny, qu'en matière civile, on suivait le droit du défendeur. On cite le procès que le roi des Franks intenta, en l'an 797, à l'abbaye de Prum : il fut soumis à des échevins romains, lesquels jugèrent d'après le droit romain. Les juges variaient donc d'après le droit, ce qui était naturel, des échevins germains ne pouvant connaître les lois romaines. Il est assez inutile de recher-

cher le motif de la règle qui déterminait la juridiction e le droit d'après la nationalité du défendeur; car la règl même est incertaine. Savigny ajoute que plus tard le prin cipe *semble* avoir été abandonné. Dans les procès du mo nastère de Farfa qui remplirent un siècle (de 909 à 1014) chacune des parties invoqua son droit national, l'une le droit romain, l'autre le droit lombard; puis les échevins se firent représenter les deux lois, et y conformèrent leur jugement. Voilà un cas de conflit; mais comment les juges s'y prirent-ils pour conformer leur décision à deux lois contraires? Sur ce point, l'annaliste garde le silence.

Du reste, la règle qui décide le procès par le droit du défendeur n'était pas absolue. Savigny établit bien des distinctions. D'abord on distinguait entre les conventions bilatérales et les actes unilatéraux. Le possesseur d'un immeuble, dont le droit était contesté, suivait le droit de son auteur; mais il n'en était ainsi que lorsqu'il s'agissait de la légitimité de l'acquisition, en tant qu'elle dépendait des droits du vendeur; si le débat portait sur la validité du titre, on appliquait la loi personnelle de l'acquéreur. En était-il de même des formes ou des solennités de l'acte? On l'ignore. Savigny se borne à dire que la validité du testament était jugée d'après le droit du testateur, de même que celle de tous les actes où le juge devait intervenir: est-ce la validité intrinsèque ou la validité extrinsèque? Sur ce point les auteurs ne s'expliquent pas. Restait la matière importante des successions : elles se réglaient d'après la loi du défunt. Cette règle était-elle absolue, ou fallait-il tenir compte de la loi de l'héritier pour déterminer sa capacité? On ne le sait; les témoignages manquent.

176. Il reste bien des obscurités dans la matière de conflits. Elle est encore difficile aujourd'hui, quoique les sources abondent. Qui sait si les échevins, romains ou barbares, avaient conscience des difficultés qu'ils étaient appelés à décider? L'ignorance des juges explique le défaut de témoignages.

On demande si l'étranger, qui n'appartenait à aucune des races sur lesquelles s'étendait la domination frank

pouvait invoquer sa loi nationale. Il y a sur ce point une décision isolée dans les lois des Lombards. L'étranger qui se soumettait à la puissance du roi était soumis à la loi lombarde, à moins que le roi ne lui eût accordé la jouissance de son droit national. Cela suppose que l'étranger qui ne se plaçait pas sous la protection royale était sans droit. Je reviendrai sur ce point. S'il en était ainsi, il ne pouvait être question pour lui de choisir son droit.

Les Barbares et les Romains, sujets de l'empire, pouvaient-ils choisir le droit d'après lequel ils voulaient vivre? C'est une question très controversée. Savigny nie la faculté de choisir, tandis que la plupart des auteurs italiens l'admettent. Il n'est pas probable que les vaincus aient eu le droit de choisir leur loi personnelle; c'eût été leur permettre de s'assimiler aux vainqueurs. Toutefois, dans de certaines limites, la liberté du choix existait. J'ai déjà dit que les femmes pouvaient opter entre leur droit national et celui du mari; les clercs avaient la même option, ainsi que les églises (n° 130). Les enfants naturels, dont le père était inconnu, pouvaient également se choisir une loi personnelle. Enfin les habitants de Rome furent admis à faire choix du droit d'après lequel chacun d'eux entendait vivre. Ces exceptions, la dernière surtout, témoignent que la liberté de l'individu jouait un grand rôle chez les Barbares, et que l'on aurait tort de chercher chez eux des règles fixes, alors que tout était abandonné au caprice des volontés particulières.

177. On a dit qu'il n'y a rien de commun entre le droit personnel des Barbares et le droit international privé, tel que nous l'entendons aujourd'hui (1). Cela est vrai si l'on s'en tient aux faits et aux lois; je viens de dire que les échevins ne se doutaient probablement pas des difficultés que soulève le conflit des lois. Mais il est vrai aussi que le germe du droit international privé se trouve dans le système de la personnalité du droit. Qu'importe que les Barbares en eussent conscience? Ont-ils par hasard envahi l'empire romain, avec la conscience de leur œuvre

(1) Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 19.

de destruction et de régénération? Cette mission n'en est pas moins une réalité aussi certaine que la décrépitude de l'empire et la vie nouvelle que les Barbares donnèrent à un monde qui paraissait mourant. Nous voilà encore une fois en face d'une révolution prodigieuse, opérée en apparence par la force brutale. Non, la force ne crée pas le droit, et si elle y intervient, c'est comme un instrument dans la main de Celui qui dirige les destinées humaines. Quel est le principe du droit civil international? J'ai répondu, dans l'Introduction de ces Etudes, que c'est la personnalité : la loi, personnelle de son essence, régit toutes les relations privées des individus, et elle les suit partout. N'est-ce pas là la personnalité du droit écrite dans les lois germaniques? Il y a, à la vérité, un élément barbare, c'est l'absence de l'Etat, et même l'incapacité de le concevoir. Mais la barbarie passe et le principe reste. Et le principe de la personnalité du droit n'est autre chose que le principe d'individualité et de personnalité qui forme le trait caractéristique des peuples que les Romains appelaient Barbares. Quant à l'élément de l'Etat, de l'unité que les Barbares méconnaissaient, il s'introduisit dans la société moderne, sous l'influence de Rome et du catholicisme. Charlemagne rétablit l'empire romain, et il publia des lois générales. Ces tentatives échouèrent, mais l'esprit d'unité survécut à l'empire carlovingien; seulement il se manifesta dans de petits Etats en harmonie avec les conceptions étroites de ceux qui les fondèrent. La féodalité poursuivit l'œuvre des Barbares; et aujourd'hui que ses derniers vestiges ont disparu, elle survit encore dans ce qu'elle a de vrai, l'esprit de liberté et de personnalité qui caractérise nos institutions politiques et civiles.

§ III. *La féodalité.*

N° 1. LE GÉNIE FÉODAL.

178. L'époque qui s'écoule depuis l'invasion des Barbares jusqu'au dixième siècle est une époque de transition et de dissolution. La société moderne s'ouvre avec la

ité. Quel est le caractère distinctif de l'ère féodale? ate avec évidence quand on compare la féodalité 'antiquité gréco-latine. Chez les anciens, c'est l'élé- social qui domine. L'unité a pour point de départ la ercle étroit qui s'élargit toujours, mais en ramenant son centre jusqu'à ce que Rome impose son nom nde : *orbis romanus*. Dans l'Europe féodale, l'élé- dominant, c'est l'individu : tout est particulier, La féodalité a son origine dans la dissolution de carlovingienne; loin de tendre à l'unité, elle aspire division infinie. Chaque baron est roi dans ses do- s. On dirait que la société va se réduire en atomes; mieux dire, il n'y a plus de société politique. La té subsiste, mais elle est sans pouvoir. Plus de rela- de citoyen à Etat; il n'y a plus d'Etat, il n'y a que dividus. Ce que l'on appelle institutions féodales n'a but que le libre développement de l'individu et la tie de son indépendance.

pouvoir général s'effaçant, tout se localise, droit, s, idées. Chez les Romains, le droit était l'instru- le plus actif d'une unité qui absorbait toutes les indi- ités nationales. Au moyen âge, le droit varie à : Beaumanoir dit « qu'on ne pourrait pas trouver aume de France deux châtellenies qui de tout usas- 'une même coutume (1) ». C'est l'image de la société. ndition des personnes est d'une variété infinie. Chez ciens, il n'y avait que des hommes libres et des es- . La féodalité ne connaît ni la liberté ni la servitude es. Il y a, il est vrai, une classe dominante et une asservie, mais les seigneurs sont eux-mêmes dépen- d'un suzerain, et l'état des serfs varie, depuis la lance qui touche à l'esclavage romain, jusqu'à une ion qui touche à la liberté moderne.

). Guizot dit que le caractère dominant de la barba- est l'indépendance de l'individu, la prédominance de idualité. S'il en était ainsi, la féodalité serait le de la barbarie, par excellence. Non, l'individua-

yez plus haut, n° 11.

lisme féodal n'est pas le caractère d'une société barbare, sauvage; c'est plutôt l'avénement d'un principe méconnu par l'antiquité, d'un principe qui doit être le but de toute organisation sociale. Quelle est la mission de l'homme sur cette terre, sinon le développement de ses facultés? La société et l'Etat, qui en est l'organe, n'ont d'autre objet que d'aider l'homme dans sa marche laborieuse vers le terme de sa destinée : c'est l'individu qui est le but, l'Etat est le moyen. L'antiquité renversait le rapport : l'Etat était le but, et l'homme n'était qu'un instrument qui devait se sacrifier, se mutiler en quelque sorte, pour donner la vie à ce qu'on appelait la cité.

Cependant, en un certain sens, on a raison de dire que la féodalité est le règne de la barbarie. D'abord, elle ne tient aucun compte de l'unité, pas même comme moyen, et les vices inhérents à l'individualisme absolu prennent un développement dangereux à raison de la barbarie des peuples qui président à cette ère de l'humanité. La domination de l'individu chez des Barbares conduit au règne de la force; une aristocratie violente et hautaine opprime les faibles. L'Europe est morcelée en une foule de petites souverainetés isolées, hostiles. Si l'humanité était livrée à l'empire exclusif de l'individualisme, de l'isolement et de la violence, elle périrait. Il fallait donc un autre élément qui neutralisât les vices du régime féodal, et qui permît à la race germanique de développer les germes d'avenir que Dieu avait déposés dans son sein.

180. Quand il est question de la féodalité, il ne faut point la considérer isolément; on doit tenir compte d'un autre élément qui en est inséparable, le christianisme. La féodalité ne règne pas seule au moyen âge, elle règne avec l'Eglise. Les deux éléments se complètent l'un l'autre. Or, l'Eglise avait précisément ce qui manquait à la féodalité, le génie de l'unité. Le christianisme enseigne l'unité de Dieu; de cette unité découle celle du dogme et du culte. L'Eglise se donne pour mission de fonder l'unité sur cette terre; elle s'appuie sur Rome et sur le droit romain, droit un, toujours le même, preuve qu'il émane de la justice éternelle. C'est la raison pour laquelle, selon

les constitutions apostoliques, l'Eglise vit d'après le droit romain (1) : Rome païenne devient l'alliée de Rome chrétienne.

Si l'Eglise a empêché la féodalité de se dissoudre en atomes, la féodalité, de son côté, a été un contre-poids à l'unité absolue de l'Eglise. Rome chrétienne impose un dogme de fer aux peuples, elle ne souffre aucune dissidence, aucune liberté ; ce qu'elle appelle sa liberté, c'est la domination universelle. L'unité absolue, absorbant toutes les forces individuelles, serait aussi funeste que l'individualisme féodal. L'opposition des deux principes est un obstacle providentiel à l'empire exclusif de l'un d'eux ; de la lutte sortira un état social qui harmonisera les deux faces également divines, également nécessaires de l'humanité.

N° 2. LA LIBERTÉ CIVILE.

181. Les sages de l'antiquité proclamaient la servitude éternelle : c'était nier l'idée de l'humanité, et par suite la notion d'un droit commun à tous les hommes. Sous le régime féodal, l'esclavage se transforme en servage, premier pas et le plus difficile vers la liberté : l'immobilité antique fait place au progrès. Comment cette immense révolution s'est-elle accomplie ? Elle est due aux Barbares qui dominent pendant la féodalité. Cela a l'air d'un paradoxe, cependant le paradoxe est plus vrai que l'histoire traditionnelle qui rapporte au christianisme l'abolition de la servitude. Il suffit de considérer la nature de la révolution qui s'est opérée du cinquième au dixième siècle, pour se convaincre qu'elle n'est pas religieuse dans son principe. C'est une révolution économique ; et comment une religion, qui pousse le spiritualisme jusqu'à l'excès, aurait-elle présidé à une modification de la propriété ?

182. Les écrivains allemands vont jusqu'à dire que

(1) « Neque Deus vult ut per nos tantum lex justitiæ eniteat, sed voluit ut per Romanos quoque luceat et splendeat. »

l'esclavage ancien n'existait pas chez les Germains : l'esclavage, disent-ils, est l'absence de tout droit, tandis que la servitude germanique n'était qu'une diminution plus ou moins considérable de la liberté (1). N'est-ce pas une illusion du patriotisme allemand? Tacite parle d'esclaves que l'on vendait : l'homme qui peut être vendu conserve-t-il une ombre de liberté et de droit? Toutefois il est certain que la servitude personnelle était rare chez les Germains. « Les esclaves, dit Tacite, ne sont pas, comme chez nous, attachés aux différents emplois du service domestique. Chacun a son habitation, ses pénates qu'il régit à son gré. Le maître leur impose, comme à des fermiers, une certaine redevance en blé, en bétail, en vêtements : là se borne la servitude. » Le lien était réel plutôt que personnel. C'est aussi cette servitude réelle que l'on rencontre dans les lois barbares, écrites peu de temps après la conquête : on y voit la majeure partie des esclaves attachés au travail de la terre; ils se vendaient avec le sol, dont ils formaient une partie intégrante. C'est le servage féodal. On peut donc dire de la liberté civile ce que Montesquieu dit de la liberté politique; elle a ses racines dans les forêts de la Germanie (2).

183. Cependant les lois barbares assimilent les esclaves aux animaux et aux choses. C'est la servitude romaine. Les Germains trouvèrent les pays conquis remplis d'esclaves; ils s'approprièrent les esclaves et l'esclavage. A vrai dire, il y a lutte entre l'élément germain et la rigueur romaine, et c'est le génie de la race barbare qui l'emporte. Tout en traitant les esclaves de choses, les Germains leur reconnaissaient des droits que la loi romaine leur refusait, encore sous les empereurs chrétiens. Les Romains n'admettaient pas qu'une chose, qu'un animal pût contracter mariage; ils créèrent un mot ignoble pour marquer que l'union des esclaves n'avait pas plus de valeur à leurs yeux que l'accouplement des brutes. Chez les peuples germains, le mariage entre serfs était valable,

(1) Eichhorn, *Deutsche Rechtsgeschichte*, t. I, § 15. Grimm, *Rechtsalterthümer*, p. 300.
(2) Biot, *De l'abolition de l'esclavage en Occident*, p. 103.

et aussi légitime que celui des hommes libres (1). C'était ruiner l'esclavage dans son fondement; en effet, si l'esclave peut se marier, il est un être capable de droit, une personne; donc ce n'est plus une machine vivante, comme disait Aristote, et l'on ne peut plus comparer la servitude à la mort, comme faisaient les jurisconsultes romains. Puisque les lois reconnaissaient aux esclaves le droit de famille, il n'y avait plus de raison de leur refuser le droit de propriété. C'est encore un usage des Germains qui conduisit à cette révolution capitale. Les serfs répandus sur le sol étaient tenus à des redevances et à des corvées. C'était un mélange de l'esclavage romain et du servage barbare : les serfs payaient des tributs fixes, comme chez les Germains, et ils devaient des services indéterminés, comme dans l'antiquité. Les services finirent par être déterminés; alors l'esclavage fut transformé en servage : les esclaves devinrent propriétaires, sous la condition de payer les redevances fixées par les coutumes.

181. Pourquoi cette révolution ne se fit-elle pas à Rome, où il y avait aussi des esclaves attachés à la culture des champs et au pâturage? Au point de vue de la Providence, on peut répondre que les peuples de race germanique avaient l'esprit de liberté qui manquait aux Romains. Et il n'y a pas d'autre réponse. Toutes les explications que l'on donne remontent, en dernière analyse, à Dieu. Le régime féodal favorisa la transformation. Chose remarquable! Les écrivains de race latine reprochent le vasselage à la race germanique, comme un vice qui altère la liberté : et il se trouve que ces relations de dépendance sont le germe de la liberté civile et du droit général de l'humanité. La liberté, telle que les cités de la Grèce et de Rome l'aimaient, n'existait plus au moyen âge; les vassaux n'étaient pas libres à la façon des citoyens; ceux-ci ne devaient de service qu'à l'Etat, tandis que les vassaux avaient un suzerain, envers lequel ils étaient tenus à des services, de même que les serfs à l'égard de leur maître : les uns et les autres étaient *hommes* d'autrui. L'analogie

(1) Guerard, *Polyptique*, t. I, p. 395. Pardessus, *Loi salique*, p. 524.

est si grande, que le plus savant des germanistes déclare qu'il est impossible de dire lequel des deux, du vassal ou du serf, est le type (1). On peut dire que ce n'est ni l'un ni l'autre : le vasselage et le servage ont une origine commune, les mœurs germaniques. Le vassal est le serf de l'ordre le plus élevé, et le serf est un vassal d'un ordre inférieur (2). C'est une de ces relations de dépendance, qui, au moyen âge, constituèrent la hiérarchie féodale, dont les degrés se multipliaient à l'infini ; chaque individu y avait sa place et son rang. Les serfs n'en étaient pas exclus; ils se trouvaient au bas, mais peu importe : par cela seul qu'ils faisaient partie de la hiérarchie sociale, ils étaient membres de ce que l'on peut appeler l'Etat, au moyen âge, tandis que, dans l'antiquité, les esclaves étaient en dehors de l'espèce humaine. La capacité juridique que déjà les lois barbares leur reconnaissaient va aller en s'étendant. Ils sont propriétaires et se servent de leurs biens pour acheter leur affranchissement. Ils ont le droit d'agir en justice contre leur seigneur, s'il les a déshonorés; ils peuvent appeler leur maître en champ clos, pour meurtre de leurs parents (3).

A côté des serfs dont la condition se rapproche de la liberté, il y en a qui sont à peu près esclaves. Cette variété infinie dans la condition des personnes a déjà été remarquée par Beaumanoir. La féodalité n'a rien d'arrêté, c'est un état de transition entre l'esclavage antique et la liberté moderne. La mobilité de la servitude féodale constitue un immense progrès sur la servitude ancienne. Celle-ci a quelque chose de fatal, d'immuable comme le destin. Le servage, au contraire, change tous les jours, et se rapproche incessamment de la liberté.

La grande difficulté était de définir les services des serfs, ce qui mettait fin au pouvoir arbitraire du maître. Au treizième siècle, les jurisconsultes appellent la religion à leur aide pour faire prévaloir le principe des services

(1) Grimm, *Rechtsalterthümer*, p. 280.
(2) Guerard, *Polyptique*, t. I, p. 422.
(3) Littleton, *Instituts*, sections, 189, 190, 194, dans Houard, *Anciennes Lois françaises*, t. I.

limités. « Sache bien, dit Pierre de Fontaines, que selon Dieu tu n'as pas plein pouvoir sur ton vilain; si tu prends du sien, fors les droites redevances qu'il te doit, tu le prends contre Dieu, et sur le péril de ton âme, comme voleur. » Grâce au concours de la religion et des mœurs germaniques, l'idée du droit, du contrat pénétra dans une sphère où jusque-là avait régné l'arbitraire de la force. Dans la lutte du droit contre la force, le droit sort toujours vainqueur, car le droit est de Dieu, comme dit Pierre de Fontaines.

185. Le servage n'est pas encore la liberté. On croit généralement que le servage fut aboli par des chartes qui affranchissaient les serfs, et l'on croit que ces chartes étaient inspirées par des motifs religieux. C'est une double erreur. Il y a des chartes d'affranchissement, mais elles sont peu nombreuses, si l'on considère le nombre immense de serfs qui peuplaient les campagnes. Quant à la prétendue influence de l'Eglise, c'est un trait de ce christianisme fictif que j'ai signalé dans le cours de cette Histoire. Ce n'est pas ici le lieu de répéter ce que j'ai prouvé ailleurs (1). Si l'on veut connaître l'esprit de l'Eglise, on doit consulter les grands docteurs du moyen âge; je me bornerai à citer le témoignage de saint Thomas, l'Ange de l'école. « Il est vrai, dit-il, que tous les chrétiens sont *enfants de Dieu* et *libres* comme tels. » Mais faut-il conclure de là que l'on doit affranchir les serfs? Non, car Jésus-Christ n'entend parler que de la *liberté spirituelle* et non de la *charnelle*. Le Docteur angélique répète ce qu'ont dit saint Paul et les Pères de l'Eglise : « Les serfs ne doivent pas même désirer la liberté; quand ils pourraient être libres, ils devraient préférer la servitude, parce qu'elle est plus favorable à l'humilité. » C'est de la race germanique que les serfs tenaient l'esprit d'indépendance individuelle qui les excita à conquérir la liberté, et ils la conquirent par le travail en achetant leur affranchissement. Les dernières chaînes du servage ne furent brisées qu'en 1789, et chose remarquable, il n'y avait plus à

(1) Voyez mes *Études sur l'histoire de l'humanité*, t. VII, p. 520, II.

cette époque de serfs proprement dits que sur les domaines de l'Eglise.

Lorsque le régime féodal s'établit, les serfs étaient la propriété de leurs maîtres, en ce sens qu'ils étaient soumis à des services, tantôt déterminés, tantôt indéterminés. Ces services étaient attachés à la personne; les serfs ne pouvaient s'y soustraire, car ils formaient un accessoire du fonds, et faisaient partie du patrimoine de celui qui possédait le fonds. L'affranchissement consista à donner aux serfs la liberté de leurs personnes et de leurs biens. Mais cela ne se fit pas à titre gratuit; les charges qui grevaient les serfs subsistèrent, en changeant de nature; elles devinrent une servitude réelle, grevant le fonds. Si les seigneurs y consentirent, c'est qu'ils y trouvaient leur intérêt. Tel fut le grand mobile de l'affranchissement des serfs : ce ne fut pas un acte de bienfaisance, ni une inspiration chrétienne, ce fut un intérêt économique, auquel l'esprit de liberté donna la puissance d'une révolution.

Beaucoup de chartes indiquent ce motif d'utilité dans leur préambule; j'en citerai une, remarquable à bien des égards. Les malédictions contre les corvées et les droits féodaux sont devenues un lieu commun : qui croirait que les corvées et les redevances seigneuriales furent regardées, au douzième siècle, comme le signe de la liberté et en portèrent même le nom? Je transcris la charte d'affranchissement accordée aux habitants d'Etampes par le chapitre d'Orléans, avec l'autorisation du roi, en 1224 : « Que tous tant présents que futurs sachent que nos serfs de corps, tant hommes que femmes, qui habitent notre terre d'Etampes, se sont obligés chacun par serment que si nous les délivrions de l'opprobre de la servitude, en leur donnant le bienfait de la liberté à eux et à leurs descendants, *ils se soumettraient avec reconnaissance à toutes charges que nous leur imposerions* à eux ou à notre terre, qu'ils rempliraient fidèlement leurs engagements sans opposer aucune résistance. Nous, considérant les *avantages considérables* que la *concession de la liberté* aura pour nos *hommes* et leur postérité, ainsi que pour notre

glise, nous avons résolu de leur accorder la liberté, us les conditions et charges ci-après indiquées. » Suint les charges : la banalité des moulins, les tailles, les rvées. Puis l'acte porte : « Nous voulons aussi, et cette harge sera spécialement imposée à raison des bienfaits e la liberté concédée à nos hommes, qu'ils nous donnent a *douzième gerbe* sur toute récolte faite dans notre terre, t *cette gerbe* sera appelée *gerbe de la liberté.* » Ainsi est une redevance féodale qui devient l'emblème de la berté! C'est aussi l'inauguration du droit. Qu'est-ce que e droit chez les anciens? Un privilége attaché à la liberté u citoyen, tandis que l'immense majorité des hommes ont exclus de la liberté et du droit. Parler, dans un pareil état social, d'une société du genre humain et d'un roit commun à tous les hommes, est une amère dérision. Un droit humain, universel, ne devient possible que lorsque tous les hommes sont des êtres capables de droit.

N° 3. LA FÉODALITÉ ET LE DROIT INTERNATIONAL.

186. Dire que l'idée du droit international procède de la féodalité semble un paradoxe plus étrange encore que de rapporter la liberté au régime féodal. Les Allemands ont une expression énergique pour caractériser le droit du plus fort qui régnait au moyen âge; ils l'appellent le *droit du poing* (1). Peut-il être question de droit là où domine la violence brutale? Et comment la barbarie du moyen âge se serait-elle élevée à une idée que la brillante civilisation des Grecs et des Romains ignorait? Les faits répondront à ce qu'il y a de paradoxal, en apparence, dans ces étranges propositions.

Un des grands penseurs de l'antiquité, Aristote, disait à Alexandre qu'il devait traiter les Grecs en frères et les Persans en esclaves. Cette parole d'Aristote est l'expression de ce qu'on appelle le droit international de l'antiquité : les Barbares étaient exclus de l'humanité, comme les esclaves, il n'y avait de fraternité qu'entre les citoyens.

(1) *Faustrecht*, ou *Kolbenrecht*, le *droit du bâton.*

C'est dire que le droit ne régnait que dans la cité. Dans cet ordre d'idées, on ne conçoit pas qu'il y ait un droit entre les divers peuples, ni entre étrangers. Pour que le droit international devienne possible, il faut avant tout que l'esclavage, le mal des maux, disparaisse : je viens de dire que cette immense révolution procède des Germains et de la féodalité. Voilà l'explication du paradoxe. Il reste à voir comment l'idée du droit s'est fait jour, au milieu de la barbarie féodale.

On en a fait honneur au christianisme. Ce que je viens de dire prouve que l'influence sociale de la doctrine chrétienne est une illusion. Il est très vrai que l'unité du genre humain et la fraternité des hommes sont des dogmes chrétiens ; mais il en est de la fraternité comme de l'égalité, elles n'ont rien de commun avec la constitution civile et politique de la société. Si l'on avait écouté les Pères de l'Eglise et les grands docteurs du moyen âge, la servitude se serait éternisée, malgré l'unité spirituelle des hommes. Le principe de la foi révélée empêcha même la fraternité de se réaliser au sein de l'Etat : les hérétiques étaient pires que des Barbares, la famille même les répudiait; ils étaient, à la lettre, hors la loi. Je ne parle pas des infidèles, il n'y avait pas plus de rapports entre eux et les chrétiens qu'entre le royaume des ténèbres et le royaume des cieux. Quand un abîme sépare les hommes, comment pourrait-il y avoir un droit qui les unit? Il faut donc chercher ailleurs les premiers germes de l'idée qui est le fondement de notre science.

187. Il y a un principe qui domine dans toutes les relations de la féodalité, c'est que tout homme est une personne juridique, par cela seul qu'il est homme. Chez les anciens, l'homme n'avait de droits que comme membre de la cité : le citoyen absorbait l'homme, pour mieux dire, l'homme n'était rien. Les Germains ne connaissent pas la cité, ni l'Etat, ils ne connaissent que l'homme, et les relations individuelles; c'est sur un engagement personnel que repose la hiérarchie féodale. Le vasselage est un contrat : « Le seigneur est tenu à son homme, comme l'homme à son seigneur. » Il en est de même de la

royauté féodale : c'est un pouvoir consenti et impliquant des engagements réciproques. Les communes se fondaient encore sur un contrat : les bourgeois juraient hommage et fidélité à leur seigneur; mais, avant cela, le seigneur jurait, avec un certain nombre de chevaliers, qu'il observerait les libertés et franchises de la commune : de là des droits et des devoirs réciproques. L'idée du contrat finit par pénétrer dans les classes serviles; dès le dixième siècle, on trouve des chartes qui substituent la convention à l'arbitraire : c'est le principe de l'affranchissement.

Toutes les relations de la féodalité étaient individuelles, et basées sur un contrat; voilà pourquoi l'idée du droit pénétra partout. Les réunions d'hommes, quelque bornées qu'elles fussent, qui se partageaient le monde féodal, avaient aussi leur personnalité, et partant leur droit. Chez les anciens, il ne pouvait être question de droit entre les nations, parce qu'elles n'avaient aucune existence juridique. Au moyen âge, il n'y avait pas de nations. Les nations modernes procèdent de l'invasion des Barbares et de la féodalité, qui continue l'œuvre de la race germanique. C'est la rude voie de la conquête qui prépara les nationalités; les vainqueurs rendirent une vie nouvelle aux vaincus, et les vaincus donnèrent aux vainqueurs leur religion et les débris de la civilisation romaine. Il fallut des siècles pour fondre les races : quand la fusion est accomplie, la féodalité s'ouvre. La race germanique y domine; incapable de concevoir l'Etat et l'unité politique, elle divise et sous-divise l'Europe en baronnies, en châtellenies; chaque seigneur est roi dans ses domaines et dépendant d'un suzerain. Voilà le germe de l'Etat et des nationalités. C'est toujours le principe des relations individuelles qui y règne, et c'est par là que le droit pénètre dans ce que l'on peut appeler, au moyen âge, les relations internationales.

188. Maintenant on comprendra comment le droit des gens a pu naître au milieu du règne de la force. La justice est une guerre. Voilà, en apparence, le renversement de tout droit. Mais si la justice est une guerre, la guerre aussi prend les allures de la justice. La guerre privée a ses règles, sa jurisprudence. Or, au moyen âge, toutes

les guerres étaient des procès nés des relations féodales; la guerre la plus longue, la rivalité de la France et de l'Angleterre, fut, dans son origine, la lutte d'un suzerain contre un vassal trop puissant. C'est parce que toutes les hostilités avaient un caractère d'intérêt privé, que l'intervention du droit dans les rapports des peuples devint possible. Le principe d'individualité pénétra jusque dans les relations internationales, parce que ces relations étaient, en réalité, individuelles. L'esprit des Barbares était si borné et si étroit, qu'ils ne concevaient pas même l'unité de l'Etat; et néanmoins il aboutit à la société du genre humain et au droit qui unit tous les hommes. Déjà au moyen âge, la conquête changea de caractère. Les Gallo-Romains conservèrent leurs lois, leur religion, leurs biens, toute leur existence individuelle. La plus dure conquête de la féodalité, celle de l'Angleterre par Guillaume le Bâtard, conduisit à la fusion des deux races; les Normands exproprièrent les Saxons, mais ils leur laissèrent la liberté. Chez les anciens, la guerre était la source la plus abondante de l'esclavage; dans les guerres féodales, le vaincu paye une rançon : on dirait une amende que le juge inflige au coupable. Quand les guerres devinrent publiques, l'esprit féodal continua à les régir. On les considérait comme un duel et comme un jugement de Dieu; par suite, les lois du combat judiciaire furent étendues à des luttes où la force seule avait régné jusque-là (1).

189. Tant que le droit n'est pas reconnu entre les peuples, il ne saurait être question d'un droit international privé. Au moyen âge, les germes du droit existaient, mais le principe même qui donna naissance au droit était un obstacle à son développement, c'est cette forte individualité qui caractérise la race germanique. Dans une époque de barbarie, elle conduisit nécessairement aux abus de la force. La féodalité fut une longue lutte du droit contre la violence. C'est l'intérêt qui éveilla la justice. On dépouillait les voyageurs; leur liberté et leur vie même étaient en

(1) Voyez les détails dans mes *Études sur l'histoire de l'humanité*, t. VII (*La Féodalité et l'Eglise*), p. 203, chapitre I.

ranger. Les seigneurs, coupables de ces brigandages, finirent par s'apercevoir que le pillage des marchands n'enrichit pas ; la violence appelle la violence ; celui qui dépouille aujourd'hui sera spolié demain : n'y aurait-il pas avantage pour tous à assurer l'ordre public? Au onzième siècle, les brigandages ne blessaient pas la conscience générale ; au douzième, elles provoquèrent des guerres, et les traités de paix stipulaient des réparations pour le passé, des garanties pour l'avenir. Le marchand ne fut plus isolé, sans appui ; il avait pour lui l'intérêt de la cité ; les villes commerçantes d'Italie veillaient avec sollicitude à la sûreté de leurs bourgeois. Au commencement du treizième siècle, on voit déjà des magistrats, analogues à nos consuls, qui avaient pour mission de protéger leurs concitoyens ; de nombreux traités sauvegardèrent les intérêts des particuliers en pays étranger.

Il y avait un grand obstacle à la justice, c'est que les seigneurs féodaux eux-mêmes étaient des hommes de violence. L'an 1164, des marchands allemands furent dépouillés en France, par le comte de Mâcon, grand pillard que Pierre le Vénérable, abbé de Cluny appelle « le loup du matin, le loup du soir et le loup de nuit de ces contrées ». Le chancelier de Frédéric Barberousse écrivit à Louis VII « qu'il était du devoir des rois d'assurer la paix et la sécurité aux étrangers ; que si le roi de France ne forçait pas le comte de Mâcon à réparer le dommage, on userait de représailles contre les marchands français qui voyageaient en Allemagne ». Les représailles devinrent un droit général (1). C'était une justice barbare, puisqu'on punissait les innocents pour un tort qu'ils ne pouvaient pas empêcher. On commença par limiter les représailles, puis on les abolit : le droit finit par remplacer la violence. C'est alors seulement qu'un droit entre étrangers devint possible (2).

(1) Les glossateurs du treizième et du quatorzième siècle traitent des représailles, comme Beaumanoir traite des batailles (Baldus, *super* IV° *Codicis*, fol° 22, n°s 1-18).

(2) Voyez les détails et les témoignages dans mes *Études sur l'histoire de l'humanité*, t. VII, p. 320 et suiv.

Il y a une ombre au tableau que je viens de tracei la féodalité. Je parle d'un droit entre étrangers; et accuse la féodalité des abus les plus révoltants de la f contre les étrangers. Les droits d'aubaine et de naufr dit-on, sont la flétrissure de la féodalité et de la race manique qui y domine. Je dois m'arrêter à ces acc tions, parce qu'elles mettent en question tout ce que dit des Germains.

N° 4. LE DROIT D'AUBAINE.

190. En parlant de l'époque qui suivit l'invasion Barbares, Montesquieu dit : « Dans ces temps-là s'éta rent les droits insensés d'aubaine et de naufrage. hommes pensèrent que les étrangers ne leur étant unis aucune communication du droit civil, ils ne leur devai d'un côté aucune sorte de justice, et de l'autre auc sorte de pitié. » Ces accusations ont été reproduites nos jours par Fiori (1); je crois qu'elles sont pour le moi exagérées.

Il faut d'abord écarter le droit de naufrage. Cette ba barie a été un fait plutôt qu'un droit : on dirait que hommes deviennent cruels sous l'influence d'une nat cruelle et qu'ils rivalisent d'inhumanité avec les écuei Lorsque la barbarie voulut ériger la violence en droit, conscience humaine protesta. On trouve déjà, au onziè siècle, une charte qui abolit le droit de naufrage; l'Eglis flétrit comme une invention diabolique; les empereurs nouvelèrent les peines portées par les lois de Rome cor les brigandages des riverains de la mer (2). La barb persista malgré les lois; elle n'a cédé qu'à l'action le mais irrésistible de la civilisation. Aujourd'hui les n fragés trouvent compassion et secours là où, il y a quelq siècles, ils rencontraient de cruels ennemis.

Quant au droit d'aubaine, il existe partout où l'étran n'a pas la jouissance des droits civils, et la notion m

(1) Fiori, *Diritto internazionale privato*, p. 12, n° 10.
(2) Voyez, sur le droit de naufrage, mes *Études sur l'histoire de l'h nité*, t. VII, p. 313 et 323.

de ces droits implique que l'étranger n'y peut avoir aucune part : c'est le privilége des citoyens. Nulle part, l'étranger ne jouissait des droits civils, ni chez les nations de l'Orient, ni chez les Grecs, ni chez les Romains; ils étaient donc partout soumis au droit d'aubaine (1). On l'a contesté pour Rome ; il est certain que les jurisconsultes français qui passent à bon droit pour les auteurs du code civil, Domat et Pothier, enseignent une doctrine qui exclut les étrangers de tout droit civil et, partant, du droit de succession, et cette doctrine est celle du droit romain.

Ecoutons Domat : « Il y a une succession qui appartient au roi; c'est celle des étrangers. Le droit à ces successions s'appelle le droit d'aubaine; ce qui est fondé non seulement sur le droit romain, mais sur l'ordre naturel qui distingue la société des hommes en divers Etats, royaumes ou républiques. » Cette théorie a été consacrée par le code civil (2). On pourrait donc aussi reprocher au législateur français une barbarie insensée. Reconnaissons plutôt qu'ici, comme en toutes choses, les peuples commencent par la barbarie, et qu'ils marchent, par des progrès très lents, vers l'humanité et le droit.

191. Les étrangers étaient sans droit chez les Germains (3), comme ils l'étaient à Rome, en vertu de la Loi des XII Tables. Dans le bouleversement qui suivit l'invasion des Barbares, ils furent en proie à la violence, plus encore que les vaincus; ils étaient sans appui, et la force régnait. Le législateur les prit sous sa protection. On lit dans la loi des Bourguignons : « Qu'aucun ne s'imagine avoir le droit de faire un esclave de l'étranger; qu'aucun n'ose même nous demander de le déclarer son esclave. » Mais les lois étaient impuissantes. Les hommes libres abdiquaient leur indépendance pour s'assurer la protection des hommes forts. Quel devait être le sort des étrangers? Toutefois, il n'est pas vrai que la féodalité ait

(1) Bodin, *De la République*, livre I, p. 94. Grimm, *Rechtalterthümer*, p. 397.
(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. I, p. 510, nos 405-429.
(3) Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 16. Lomonaco, *Diritto civile internazionale*, p. 18-20.

Il y a une ombre au tableau que je viens de tracer de la féodalité. Je parle d'un droit entre étrangers; et l'on accuse la féodalité des abus les plus révoltants de la force contre les étrangers. Les droits d'aubaine et de naufrage, dit-on, sont la flétrissure de la féodalité et de la race germanique qui y domine. Je dois m'arrêter à ces accusations, parce qu'elles mettent en question tout ce que j'ai dit des Germains.

N° 4. LE DROIT D'AUBAINE.

190. En parlant de l'époque qui suivit l'invasion des Barbares, Montesquieu dit : « Dans ces temps-là s'établirent les droits insensés d'aubaine et de naufrage. Les hommes pensèrent que les étrangers ne leur étant unis par aucune communication du droit civil, ils ne leur devaient d'un côté aucune sorte de justice, et de l'autre aucune sorte de pitié. » Ces accusations ont été reproduites de nos jours par Fiori (1); je crois qu'elles sont pour le moins exagérées.

Il faut d'abord écarter le droit de naufrage. Cette barbarie a été un fait plutôt qu'un droit : on dirait que les hommes deviennent cruels sous l'influence d'une nature cruelle et qu'ils rivalisent d'inhumanité avec les écueils. Lorsque la barbarie voulut ériger la violence en droit, la conscience humaine protesta. On trouve déjà, au onzième siècle, une charte qui abolit le droit de naufrage; l'Eglise le flétrit comme une invention diabolique; les empereurs renouvelèrent les peines portées par les lois de Rome contre les brigandages des riverains de la mer (2). La barbarie persista malgré les lois; elle n'a cédé qu'à l'action lente mais irrésistible de la civilisation. Aujourd'hui les naufragés trouvent compassion et secours là où, il y a quelques siècles, ils rencontraient de cruels ennemis.

Quant au droit d'aubaine, il existe partout où l'étranger n'a pas la jouissance des droits civils, et la notion même

(1) Fiori, *Diritto internazionale privato*, p. 12, n° 10.
(2) Voyez, sur le droit de naufrage, mes *Études sur l'histoire de l'humanité*, t. VII, p. 313 et 323.

roits implique que l'étranger n'y peut avoir au-
t : c'est le privilége des citoyens. Nulle part,
r ne jouissait des droits civils, ni chez les nations
nt, ni chez les Grecs, ni chez les Romains; ils
onc partout soumis au droit d'aubaine (1). On l'a
pour Rome ; il est certain que les jurisconsultes
qui passent à bon droit pour les auteurs du code
mat et Pothier, enseignent une doctrine qui exclut
ıgers de tout droit civil et, partant, du droit de
ɔn, et cette doctrine est celle du droit romain.
ons Domat : « Il y a une succession qui appar-
roi; c'est celle des étrangers. Le droit à ces suc-
s'appelle le droit d'aubaine; ce qui est fondé non
ıt sur le droit romain, mais sur l'ordre naturel
ngue la société des hommes en divers Etats,
s ou républiques. » Cette théorie a été consacrée
de civil (2). On pourrait donc aussi reprocher au
ır français une barbarie insensée. Reconnaissons
.'ici, comme en toutes choses, les peuples commen-
la barbarie, et qu'ils marchent, par des progrès
s, vers l'humanité et le droit.

Les étrangers étaient sans droit chez les Ger-
, comme ils l'étaient à Rome, en vertu de la Loi
Tables. Dans le bouleversement qui suivit l'in-
es Barbares, ils furent en proie à la violence,
ɔre que les vaincus; ils étaient sans appui, et la
:nait. Le législateur les prit sous sa protection.
ns la loi des Bourguignons : « Qu'aucun ne s'ima-
ɔir le droit de faire un esclave de l'étranger;
n'ose même nous demander de le déclarer son
» Mais les lois étaient impuissantes. Les hommes
ɔdiquaient leur indépendance pour s'assurer la
n des hommes forts. Quel devait être le sort des
s? Toutefois, il n'est pas vrai que la féodalité ait

, *De la République*, livre I, p. 94. Grimm, *Rechtalterthümer*,

ıes *Principes de droit civil*, t. I, p. 510, nos 405-429.
Das internationale Privatrecht, p. 16. Lomonaco, *Diritto civile*
ıale, p. 18-20.

mains des rois, le droit d'aubaine changea de nature. Si au moyen âge le seigneur s'emparait des biens des aubains, c'est parce que ceux-ci étaient serfs, et non parce qu'ils étaient étrangers. Les légistes transformèrent le droit d'aubaine, en déclarant les étrangers incapables de jouir des droits civils. « Les aubains, dit Guy Coquille, n'ont pas la communion de notre droit civil français. » Où les légistes puisèrent-ils cette doctrine des droits civils, dont les citoyens seuls jouissent et dont, par conséquent, les étrangers sont exclus? Ce n'est pas dans le droit féodal, puisque la féodalité ne connaissait que des distinctions de classes; c'est dans le droit romain, Coquille le dit (1). Qui est donc le vrai coupable? C'est le droit romain, célébré comme raison écrite, qui égara les meilleurs esprits, même des jurisconsultes philosophes, comme Domat (n° 147). Il fallut un coup de foudre, la révolution, pour apprendre aux hommes qu'ils sont frères, que les hommes ne sont étrangers nulle part, qu'ils doivent par conséquent jouir partout des mêmes droits privés.

N° 5. DE LA TERRITORIALITÉ DU DROIT.

193. Sous le régime barbare, le droit varie d'après la race, bien que les races diverses vivent dans un seul et même empire. Sous le régime féodal, le droit cesse d'être personnel, pour devenir territorial; les coutumes prennent la place des lois barbares, et elles varient d'une baronnie, d'une châtellenie à l'autre, tandis que les lois nationales étaient relativement peu nombreuses. C'est toute une révolution dans le droit, ce qui implique une révolution dans l'état social, puisque le droit est l'expression des idées et des mœurs; il en est surtout ainsi des coutumes; or le droit, à l'époque de la féodalité, était essentiellement coutumier. La révolution, au premier abord, paraît étrange et inexplicable; car c'est la même race, celle des peuples germains, qui domine dans les deux époques, dont la première

(1) Guy Coquille, *Coutumes de Nivernois*, titre Des successions. (Œuvres, t. I, p. 367.)

est, à vrai dire, que la préparation de la seconde. Il nous faut rechercher les causes de ce profond changement qui s'opère dans la société et dans le droit : la question est capitale pour notre science. Le droit civil international repose sur la distinction des lois personnelles et des lois réelles; or, ces deux faces du droit règnent d'une façon à peu près exclusive, aux deux époques qui se partagent le moyen âge : pendant la première, c'est le principe de la personnalité qui domine, tandis que, pendant la seconde, c'est le principe de la réalité. Les deux principes ont leur raison d'être; ils doivent, non s'exclure l'un l'autre, mais se concilier; c'est cette conciliation qui fait l'objet de notre science. Pour le moment, nous assistons à son origine.

194. On rapporte généralement la transformation du droit personnel en droit territorial à l'avénement de la féodalité. Ce qui caractérise le régime féodal, c'est la confusion de la propriété et de la souveraineté; chaque baron, dit Beaumanoir, est roi dans sa baronnie. Ce qui veut dire que chaque propriétaire est souverain dans ses domaines : il y fait la loi, il juge, il bat monnaie, il s'intitule comte ou duc, par la grâce de Dieu. Les baronnies et les châtellenies sont autant de petits Etats, dans le territoire desquels le seigneur exerce sa puissance souveraine; en dehors de ces limites étroites, il n'a plus aucun pouvoir, puisqu'il n'est plus propriétaire. Il en devait être de même des coutumes, qui, tenant lieu de lois, étaient l'expression de ces souverainetés locales : elles ne pouvaient exercer leur empire hors du territoire où elles avaient pris naissance. De là la territorialité du droit, et la réalité des coutumes (1).

La même cause qui rendit le droit territorial le fit aussi varier d'une seigneurie à l'autre. « Quand les ducs et les comtes devinrent seigneurs propriétaires des duchés et des comtés, la personnalité des lois germaniques s'effaça, par degrés, devant l'établissement héréditaire d'un

(1) Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge*, t. I, p. 127 (de la traduction).

gouvernement local. Le Franc, le Visigoth, le Bourguignon ne pouvait plus invoquer sa loi personnelle et nationale, car la nationalité individuelle cessa d'être distinguée dans le fief. Les individus bourguignons, visigoths ou francs n'étaient plus que les habitants, les *hommes* de la terre qui appartenait au seigneur; c'est la loi de ce seigneur qui devenait la loi de ses hommes. — Quant aux lois personnelles, elles passèrent à l'état de coutumes réelles, selon la proportion plus ou moins grande des Francs avec la population indigène; ainsi, au midi de la France, les coutumes furent gallo-romaines; au nord, elles prirent un caractère germanique (1).

195. L'explication ne me paraît pas satisfaisante. D'abord elle éloigne la difficulté plutôt qu'elle n'en rend raison. C'est la féodalité, dit Savigny, qui transforma le droit personnel en droit territorial. Admettons que la révolution ait son origine dans la féodalité : resterait à expliquer comment le régime féodal, et sa territorialité, prit la place du régime frank et de sa personnalité. Mais est-il bien vrai que la personnalité du droit fût incompatible avec la féodalité? Le régime féodal, au point de vue du droit, est la localisation de la souveraineté; il y a une foule de petits Etats, au lieu d'un immense empire; si, dans ces petits Etats, il se trouvait des hommes de race diverse, pourquoi n'auraient-ils pas continué à se régir par leur loi personnelle? La confusion de la propriété et de la souveraineté n'était certes pas un obstacle. Fief, disaient les légistes au seizième siècle, est étranger à juridiction (2); il est aussi étranger à la personnalité du droit. Si, de personnel qu'il était, le droit devint territorial, c'est que le fondement de la personnalité faisait défaut; le droit était personnel, parce que les races étaient distinctes et, à certains égards, hostiles; or, après une coexistence de cinq siècles, les races s'étaient fondues, les Gallo-Romains étaient devenus barbares, et la distinction entre les tribus germaniques avait disparu. Dès lors la personnalité du

(1) Laferrière, *Histoire du droit français*, t. III, p. 484 (chap. XI).
(2) Guy Coquille le dit souvent (*Institution au droit français*, t. II des Œuvres, p. 20, 32, 44).

oit n'avait plus de raison d'être. Le droit devint réel, ar cela seul qu'il ne pouvait plus être personnel. La révolution se fit par la force des choses, parce qu'il n'y avait plus de motif pour que le droit variât à raison de la nationalité.

196. Autre est la question de savoir pourquoi les coutumes féodales variaient d'une baronnie à l'autre. Il ne faut pas confondre la territorialité du droit avec la diversité des coutumes. Le droit pouvait être territorial, et cependant n'être pas local. Qu'est-ce qui empêchait le droit d'être le même dans tout le territoire des Gaules, alors que les coutumes avaient toutes une même origine, les usages germaniques? Ici intervient un élément de la féodalité; ce n'est pas la confusion de la propriété et de la souveraineté, comme le dit Laferrière, c'est l'isolement féodal. Si les barons, rois dans leurs baronnies, y avaient porté des lois, elles auraient naturellement varié d'un Etat féodal à l'autre, comme aujourd'hui elles varient d'une nation à l'autre; mais le droit privé ne se développa point, au moyen âge, sous forme de lois; les lois barbares et les capitulaires disparurent et firent place à des coutumes locales; ce sont ces coutumes qui avaient une variété infinie. Il en faut chercher la cause, avant tout, dans le génie des populations. Tout était individuel chez les Germains; des tribus appartenant à la même famille, les Franks ripuaires et les Franks saliens, avaient un droit différent; quand le territoire remplaça la race, il était naturel que le droit variât également d'après le territoire. De là aussi l'isolement féodal qui explique comment les coutumes furent diverses dans une seule et même seigneurie, d'une ville, d'un village à l'autre. L'isolement est un des traits caractéristiques de la féodalité : « A aucune époque de l'histoire, dit Guizot, on n'en rencontre un pareil. » « La division se subdivise, ajoute Michelet, le grain de sable aspire à l'atome. Chacun se fixe en s'isolant. L'homme ne sait bientôt plus s'il existe un monde au delà de sa vallée. Il prend racine, il s'incorpore à la terre. » Les communications étaient difficiles et rares. Il n'y avait d'autres relations entre les petits Etats féodaux

que la guerre, et les hostilités se passaient entre voisins; tels vassaux avaient le droit de rentrer chez eux le soir; d'autres n'étaient pas tenus de dépasser les limites de la baronnie. Les postes romaines étaient déjà tombées en décadence dans l'empire des Franks; sous la féodalité, les seigneurs avaient le droit de gîte, et les abbés avaient droit à un cheval, qui servait au voyage, quelle qu'en fût la longueur. Les voyages d'un pays à un autre étaient de rares événements, dont les annalistes font mention comme d'une chose extraordinaire. Les brigands, et parmi eux les barons, pillaient les marchands et les pèlerins; les habitants de Paris n'osaient pas aller jusqu'à Orléans, sans être rançonnés par les seigneurs de Montlhéry. De là un isolement dont on ne se fait plus une idée aujourd'hui : j'en ai cité des traits ailleurs (1). La vie étant locale, le droit, expression de la vie, devait varier à l'infini.

197. La territorialité du droit a eu un long retentissement dans notre science; c'est de la féodalité que date le principe qui a si longtemps régné dans le droit civil international, que les coutumes sont réelles. On entendait par là que les coutumes étaient souveraines, mais leur empire était limité au territoire où elles avaient pris naissance. C'est la négation des lois personnelles, telles que nous les entendons aujourd'hui : toutes les relations juridiques, y compris celles qui concernent l'état et la capacité ou l'incapacité qui en résulte, étaient régies par la coutume territoriale, et non par la coutume de la personne. Il y a de cela un exemple mémorable dans la majorité féodale. A quel âge le vassal doit-il faire hommage à son seigneur? faut-il considérer la coutume de son domicile, ou les coutumes des lieux où sont situés les fiefs? Si l'on décidait la question d'après nos idées modernes, la coutume du domicile l'emporterait certainement : en effet, la majorité est une qualité personnelle et individuelle, dit Bouhier, et l'hommage était aussi un devoir pur personnel. Cependant les meilleurs jurisconsultes, Froland, et après lui le président Bouhier, décidèrent que la majorité se déterminait

(1) Voyez mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. VII, p. 298, § I.

r la coutume du lieu où le fief était situé : de sorte que même vassal faisait hommage au même seigneur, ici à atorze ans, là à dix-huit, selon la coutume du fief. La ison en est, dit Dumoulin, que le fief tient plus au patri-oine qu'à la personne (1). Burgundus exprime en termes ergiques le caractère de la féodalité : « La terre tirait elle l'homme » ; ou, comme le dit M. Mignet, l'homme ait en quelque sorte possédé par la terre (2) ; tandis que, ans nos idées modernes, la terre est l'accessoire de la ersonne. Donc c'était, en toutes choses, la loi de la terre ui devait l'emporter sous le régime féodal, et aujourd'hui est la personne et son droit qui dominent les choses.

198. Pourquoi les coutumes étaient-elles réelles, sous a féodalité, tandis que les lois barbares étaient person-nelles? Au premier abord, cela paraît étrange. Le génie de la race germanique régnait sous le régime féodal, comme il avait régné à l'époque des Barbares. Il y a plus, les coutumes sont germaniques, c'est le même esprit qui y domine. Le président Bouhier explique très bien la rai-son pour laquelle les coutumes furent réelles au moyen âge : « Les diverses provinces formaient jadis des Etats divers régis par différents princes, presque toujours en guerre les uns avec les autres. Il y avait peu de liaisons entre les Etats voisins, et moins encore entre ceux qui étaient plus éloignés. Cela rendait chacun de ces peuples jaloux de ses propres lois, en sorte qu'ils n'avaient garde d'admettre l'extension d'un statut dans les limites d'un autre. Chacun voulait demeurer maître absolu chez soi ; et c'est la source de l'axiome vulgaire de notre droit fran-çais, que *toutes coutumes sont réelles* (3). » Il en résulta que les *lois* étaient *ennemies* aussi bien que les peuples. C'est l'expression de Boullenois (4); elle caractérise admi-

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, chap. XXIX, nos 21-24 (Œuvres, t. I, p. 784). Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. II, p. 1582.
(2) Brocher, *Nouveau traité de droit international privé*, p. 37.
(3) Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, chap. XXIII, no 38.
(4) Boullenois, *Traité de la réalité et de la personnalité des statuts*, Préface, p. II.

rablement la lutte des lois réelles contre l'envahissement de la personnalité : c'est un ennemi qu'elles repoussaient.

Bouhier appelle les baronnies des *Etats*, et les barons des *princes*. C'est le langage moderne, ce n'est pas celui de la féodalité. Mais s'il n'est pas exact historiquement, il l'est au point de vue de la philosophie de l'histoire. Chez les Barbares, chaque homme était régi par la loi de sa race. C'était la négation de l'Etat et de sa souveraineté dans le domaine du droit; pour mieux dire, les Barbares ne niaient pas l'Etat, ils l'ignoraient, ils ne connaissaient que l'individualité humaine. Ce sentiment énergique de personnalité régénéra le monde romain, en lui communiquant l'esprit de liberté individuelle qui est l'essence de la vie. Mais la personnalité était excessive, car elle méconnaissait un élément également essentiel, l'Etat, la souveraineté et la loi générale qui en est l'expression. La notion de l'Etat commença à se développer au sein des petites sociétés féodales qui s'établirent sur les ruines de l'empire frank. C'était encore le fier esprit du Barbare qui inspirait le seigneur féodal. Les Germains transportèrent aux baronnies et aux châtellenies leur idée de personnalité, en ce sens que chaque vassalité était une personne distincte, comme jadis chaque homme libre. L'indépendance du Germain se transforma en souveraineté, et celle-ci était aussi exclusive, aussi absorbante que l'autre. C'est le premier germe de l'Etat; plus son action était restreinte, plus il y tenait et moins il voulait souffrir une action quelconque d'un autre Etat. Il fallait l'empire exclusif de l'idée de l'Etat pour y habituer les hommes de race germanique; en écartant toute influence d'une souveraineté autre que la leur, les seigneurs du moyen âge obéissaient encore au farouche amour de l'indépendance qui animait leurs ancêtres. Ainsi s'explique la réalité des coutumes qui succéda à la personnalité des lois barbares; en apparence, c'est l'expression de deux génies divers, hostiles; en réalité, c'est l'esprit de la même race qui se manifeste sous des formes diverses.

Les deux principes de la réalité et de la personnalité

rmaient chacun un élément de vérité, mais ils étaient , parce qu'ils étaient exclusifs. Les lois personnelles Barbares ne tenaient aucun compte de l'Etat, qui stait pas encore, tandis que les lois réelles de la féo-é méconnaissaient la personnalité humaine, en ce sens les faisaient de l'homme l'accessoire du sol, et l'assu-saient en toutes choses à la souveraineté qui y était hée. Il faut que les deux principes soient limités à la re qui leur appartient. Ce travail se fait depuis des es dans le domaine de la science. Dès que le droit ent une science, il réclame la personnalité de certaines C'est la gloire des glossateurs d'avoir inauguré ce vement. Leur gloire est celle de l'Italie, et c'est aussi le qu'appartient la gloire d'avoir consommé la révo-n, en donnant aux deux principes de personnalité et éalité la place qui leur est due (1). Je ne fais qu'une rve, c'est que les auteurs du code italien ont été iséquents en maintenant la réalité des statuts immo-rs comme règle générale : j'y reviendrai dans le cours es Etudes.

CHAPITRE III.

LA DOCTRINE DES STATUTS.

§ I. *Les glossateurs.*

RÉACTION DE LA PERSONNALITÉ CONTRE LA RÉALITÉ DES COUTUMES.

90. Les glossateurs jouissent d'une mauvaise répu-n. Au seizième siècle, un écrivain de génie, Rabelais, parla avec mépris et dégoût. « Au monde, dit-il, livres tant beaux, tant ornés, tant élégants, comme nt les textes des Pandectes; mais la bordure d'iceux, , à savoir la Glose d'Accurse, est tant sale, tant in-e et punaise, que ce n'est qu'ordure et vilenie (2). » graves jurisconsultes témoignent le même dédain pour

(1) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. I, p. 202, nos 135 et 136.
(2) *Pantagruel*, livre II, ch. 5. Comparez les auteurs cités par Berriat-Prix, *Histoire du droit romain*, p. 287-299.

celui des glossateurs qui était célébré comme la lumière du droit. En parlant de Bartole, le rude d'Argentré dit que des enfants devraient avoir honte de croire ce que cet illustre docteur enseignait de la distinction des statuts personnels et des statuts réels (1).

Cujas et Savigny ont vengé les glossateurs de ces attaques passionnées (2). Leurs noms sont aujourd'hui oubliés; il n'y a que les savants qui les connaissent, et c'est, à peu près, tout ce qu'ils en savent; ceux qui régnaient jadis au barreau sont relégués dans de rares bibliothèques où les vers les mangent. Dans la matière difficile qui fait l'objet de ces Études, les glossateurs ont un mérite que personne ne peut leur contester. Les premiers, ils ont réclamé une place pour la personnalité en établissant la distinction des statuts personnels et des statuts réels; leur doctrine a servi de base à notre science pendant des siècles. Il faut tenir compte de cette initiative aux docteurs italiens : elle est glorieuse, car ils ont ouvert la voie dans laquelle nous ne faisons que suivre leurs traces; et, chose remarquable, ils ont deviné, avec l'instinct du génie, le rôle qui appartient à la personnalité humaine dans le domaine du droit international.

200. Les lois barbares exagéraient l'importance de la personne, de l'individu, au point de méconnaître l'Etat et ses droits; puis vinrent les lois réelles de la féodalité qui firent de l'homme l'accessoire du sol et l'attachèrent à la souveraineté qui en dépendait. A force d'exalter la personne, les Barbares détruisaient la société générale, laquelle est une condition d'existence pour l'individu. Et à force d'exclure toute loi étrangère, la féodalité négligeait la personnalité humaine, dont la loi est l'expression. Il fallait une conception nouvelle qui accordât une place aux deux principes de la personnalité et de la réalité, à chacun celle qui lui appartient. C'est cette doctrine que les glossateurs entreprirent de formuler. Ils se sont trom-

(1) D'Argentré, *Sur la coutume de Bretagne*, art. 218, glose 6, n° 5, p. 679.

(2) Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge*, t. IV, p. 135 et suiv. Voyez p. 136, note 2, les passages de Cujas.

és, mais leur erreur est plus près de la vérité qu'on ne e croit. Si d'Argentré les attaqua avec tant de violence, c'est que, selon lui, ils faisaient la part trop grande à la personnalité; le jurisconsulte breton est un réaliste outré, un représentant et un organe du génie féodal. Voilà pourquoi il fit aussi une rude guerre à Dumoulin. Ces critiques mêmes témoignent pour les glossateurs. La postérité a donné raison à Dumoulin; elle a par cela même réhabilité les glossateurs, que ce grand jurisconsulte ne dédaigna point de commenter. Je vais essayer de justifier cette réhabilitation en exposant la doctrine des glossateurs avec quelque détail; on verra, peut-être avec surprise, qu'en revendiquant les droits de la personnalité contre la domination exclusive des lois réelles, ils ont souvent devancé les légistes français, en se rapprochant des idées de l'école italienne. Je ne dissimulerai pas les reproches que l'on est en droit de leur faire, mais, à mon avis, ils s'adressent à l'esprit humain et à son imperfection, plutôt qu'aux esprits intrépides qui frayèrent les premiers sentiers dans une science nouvelle. L'histoire doit être indulgente, si elle veut être juste; ceux qui l'écrivent ne doivent pas oublier que l'humanité ne découvre la vérité qu'à travers les erreurs.

201. L'école des glossateurs date du douzième siècle. On était en pleine féodalité. Et quelle était la maxime dominante du droit féodal, en ce qui concerne les rapports entre les petites sociétés qui se partageaient l'Europe, châtellenies, baronnies, comtés? Toute coutume était réputée réelle, c'est-à-dire territoriale, en ce sens qu'elle régissait exclusivement les hommes et les choses qui se trouvaient sur le territoire des seigneurs (1). D'où venait ce droit local? En France, on l'appelait *coutumes;* en Italie, on lui donnait le nom de *statuts* (2); les coutumes formaient un droit non écrit, tandis que les statuts émanaient régulièrement des cités ou républiques qui rem-

(1) Wächter, *Die Collision der Privatrechtsgesetze* (*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXIV, p. 253).

(2) Voyez, sur le mot *statuts*, Lomonaco, *Diritto civile internazionale*, p. 62, note

placèrent les vassalités féodales ; mais statuts et coutumes avaient une même origine, les usages des peuples germains qui détruisirent la domination romaine. C'était donc un droit barbare. Je ne sais si les glossateurs avaient conscience de l'origine des coutumes et des statuts ; ils ignoraient l'histoire, les études historiques et littéraires n'eurent leur renaissance qu'au quinzième siècle. Toujours est-il que les docteurs italiens ne cachaient pas le mépris que leur inspiraient les coutumes lombardes ; le nom seul était suspect de barbarie. Qu'est-ce que le droit statutaire ? Ce n'est ni loi ni raison, dit Odofredus. C'était presque dire que le droit municipal tenait de la bête plus que de l'homme. Pour le qualifier, un jurisconsulte prit comme type de comparaison l'animal dont la sottise est proverbiale : l'absurdité de ce droit est telle, dit-il, qu'on peut l'appeler le droit des ânes (*jus asinorum*). Un autre, préludant au langage ordurier de Rabelais, déclare que le droit lombard devrait être appelé *lie* plutôt que *loi* (1). Cette injure s'adressait à la coutume qui consacrait le combat judiciaire ; on conçoit quel devait être le mépris pour une justice pareille des légistes élevés dans le culte du droit romain.

Par contre, les glossateurs avaient un respect superstitieux pour Rome et pour le droit romain : tout ce qui se trouvait dans leurs textes était l'expression de la vérité. Or, on y lisait que Rome est la capitale du monde, qu'elle est la commune patrie. Qu'en fallait-il conclure ? Que le droit de Rome était le droit universel, que toutes les cités, tous les peuples devaient le suivre (2). Le droit romain formait donc le droit commun (3). Quelle pouvait être, en face de cette immense autorité, la valeur des statuts ? Les glossateurs reconnaissaient la force obligatoire des sta-

(1) « Nec meretur lex Longobardorum *lex* appellari, sed *fex*. » Voyez les citations dans de Haulleville, *Histoire des communes lombardes*, t. II p. 57.

(2) Secunda Bartoli super Codice. *Quæ sit longa consuetudo* (fol. 137 n° 2). Odofredus, super Codice, *De legibus et senatusconsultis, L. Princeps legibus solutus*, n° 4 (fol. 15).

(3) Paul. de Castro, super Cod., fol. 9, n° 3. Comparez Savigny, *Histoire du droit romain*, t. III, p. 67 et suiv.

uts; il leur était difficile de la nier au milieu des cités qui se disaient souveraines, mais ils y mettaient des conditions et des restrictions. Les docteurs assimilent les statuts aux pactes et décident, en conséquence, qu'ils ne peuvent pas déroger aux bonnes mœurs, ni à l'ordre public, ni au droit divin et humain (1). Les statuts peuvent-ils déroger au droit commun, c'est-à-dire au droit romain? De fait, les coutumes y dérogeaient, et les glossateurs étaient forcés de les subir, mais ils cherchaient à restreindre ces dérogations dans d'étroites limites : tous enseignent que les statuts dérogatoires étaient de la plus stricte interprétation (2).

202. La doctrine des glossateurs fut reçue partout où le droit romain était resté en vigueur (3). Elle tendait à écarter le droit statutaire ou les coutumes dans toutes les matières réglées par le droit romain : logiquement le droit de Rome devait l'emporter, comme la justice et la raison l'emportent sur l'iniquité et l'absurdité; ce sont les paroles de Faber dans la rude critique qu'il fit des erreurs des praticiens (4). Mais la logique se heurta contre une force plus grande que l'autorité des lois romaines; les coutumes étaient l'expression des mœurs germaniques; par suite, là où les races du Nord dominaient, le droit coutumier devint le droit commun. Dans les cités italiennes, le droit romain était un droit national; les coutumes ne furent reçues qu'à titre de supplément ou de correction. Le droit romain restant la règle, le droit statutaire fut considéré comme une exception, odieuse aux jurisconsultes; ils cherchèrent à restreindre les statuts dans les limites étroites du territoire où ils avaient pris naissance. De là la réalité des statuts territoriaux : *statuta terræ,* comme disent les glossateurs. Le droit commun pouvait seul dépasser le territoire des cités, en

(1) Baldus, *De statutis* (dans l'*Oceanus juris*, t. II, fol. 96, n°s 1 et 11, fol. 97, n° 2). Albericus de Rosate (*ibid.*, fol. 68, n° 3).

(2) Albericus de Rosate, super Codice, t. II, *De servis fugitivis* (fol. 4, n° 10). Odofredus, super Codice, *De jure fisci* (fol. 4, verso, n° 13). Petri de Anchorano, *Consilia*, c. 91, n° 1, fol. 34.

(3) Durandi *Speculum juris*, lib. II, P. I (t II, p. 49, n° 2.)

(4) Faber, *De error. pragmaticorum*, t. I, Décade 29, err. 1, n° 11 (p. 462).

accompagnant partout la personne, sans que l'on prit en considération le lieu où les biens étaient situés. Ce fut peut-être là la première origine de la distinction des statuts personnels et des statuts réels. Il est certain que l'opposition du droit commun, universel, et du droit statutaire, territorial, joue un grand rôle dans la doctrine des glossateurs.

Le droit commun exigeait la présence de sept témoins pour la validité des testaments, tandis que les statuts se contentaient d'un nombre moindre, cinq ou trois. C'était une dérogation au droit romain, donc de stricte interprétation. D'ordinaire les statuts, faits pour la cité, parlaient des citoyens; Bartole en conclut que les étrangers ne pourront pas s'en prévaloir. Cela n'était pas juridique, car il s'agissait des formes de l'acte, et les glossateurs admettaient l'adage d'après lequel les formes sont réglées par la loi du lieu où l'écrit est dressé. Mais c'était une dérogation au droit romain, donc il fallait l'interpréter restrictivement. Pour que l'étranger profite du bénéfice de l'exception, dit Bartole, le statut doit dire expressément que *chacun* peut tester devant cinq ou trois témoins (1).

Il était de principe que les statuts contraires au droit commun ne s'étendaient pas hors du territoire. Le droit romain permettait aux mineurs de vingt-cinq ans de se faire restituer; les statuts n'admettaient pas à la restitution les mineurs âgés de plus de dix-sept ans. C'est un statut personnel, donc, d'après la doctrine des glossateurs, il aurait dû régler la capacité du mineur en tous lieux; mais il dérogeait au droit commun, par conséquent, il fallait le limiter au territoire (2).

Les glossateurs décident encore que celui qui, d'après son statut, ne peut pas tester, reste incapable là où, d'après le statut local, il serait habile. Cette décision paraît être une conséquence du principe de la personnalité du statut qui

(1) Bartolus, super secunda Codicis, *De testamentis*. L. *E Tabul. antiq.*, n° 3 (p. 20, verso).
(2) Baldus Perusinus, *De statutis* (*Oceanus juris*, t. II, fol. 103 verso, au mot *Contrahere*, n° 2).

règle la capacité ou l'incapacité. Ce n'est pas ainsi que les glossateurs raisonnent. Le droit commun défend au fils de famille de tester; c'est cette incapacité qui constitue son statut personnel; quant au statut qui lui permet de tester, il contient une exception au droit commun; à ce titre, il forme un droit territorial, et partant ne peut être étendu (1).

Il en est de même du statut qui permet au père d'instituer héritier son fils naturel, à défaut d'enfants légitimes. Ce statut ne s'étend pas hors du territoire. Il y avait bien des motifs de douter : n'est-ce pas un statut personnel qui s'attache à la personne et la suit partout? Balde discute longuement la question; ce qui le décide à se prononcer contre le père, c'est que le statut, contraire au droit commun, était de stricte interprétation : c'est dire qu'il ne s'étendait pas hors du territoire (2).

203. L'opposition qui existait entre le droit romain, droit commun, universel, et les statuts, droit territorial, exceptionnel, ne suffit pas pour expliquer la doctrine des statuts. Il se peut qu'elle ait donné aux glossateurs l'idée de la distinction des statuts, mais d'autres causes contribuèrent à la développer. Les docteurs italiens sont avant tout des légistes romains, élevés dans le culte des textes. Or, le Digeste ignore la distinction des statuts; il est vrai que les glossateurs le citent à chaque pas pour y appuyer leurs décisions, mais en interprétant les lois romaines, ils y introduisent leurs idées. Comment ces idées ont-elles pris naissance? Les glossateurs inaugurèrent une science qui est restée étrangère à leurs maîtres. Il en faut chercher la raison dans le milieu où ils vivaient, dans les mille et une circonstances qui à chaque époque constituent la vie des sociétés. La science du droit renaît au douzième siècle. C'est la première renaissance, et la première, comme celle du quinzième siècle, est essentiellement une réaction contre le moyen âge et la féodalité qui y domine. J'ai dit quel est le caractère du régime féodal (3) : la sou-

(1) Baldus Perusinus, *Tractatus de statutis*, v° *Ab intestato* (*Oceanus juris*, t. II, fol. 86).
(2) Baldus, super Codice, *De summa Trinitate*, n° 14 (fol. 7 verso).
(3) Voyez plus haut, n°s 193-198.

veraineté se confond avec la propriété, et elle s'exerce sur un territoire étroit; chaque châtellenie a son seigneur qui est roi dans ses domaines. Tout devient local, territorial; le droit se localise comme la souveraineté: chaque coutume, dit Dumoulin, est renfermée dans le lieu qu'elle régit (1). Les barons étaient jaloux de leur souveraineté; de même qu'un propriétaire exclut de son domaine ses voisins et ne leur permet pas de mettre le pied chez lui, les seigneurs écartaient de leur baronnie toute autre autorité que la leur. C'est l'esprit étroit du propriétaire; toute propriété est exclusive, parce qu'en admettant le droit d'un tiers, le maître diminuerait sa jouissance et son profit. Ajoutez à cela l'isolement qui régnait dans le monde féodal; aucune relation entre les hommes, sauf la guerre. Ainsi s'explique la réalité des coutumes féodales.

L'Italie aussi était féodale, c'est dans une ville lombarde que les *livres des fiefs* furent écrits. Mais la féodalité y avait un ennemi redoutable, les cités dont la richesse et la puissance allaient tous les jours en grandissant; pour conserver quelque autorité, il fallut que les barons se fissent bourgeois. C'était abdiquer. La féodalité politique disparaissant, l'esprit féodal devait aussi disparaître des relations civiles. Les légistes romains étaient ennemis-nés de la féodalité; ils la ruinèrent là même où elle était toute-puissante, comme en France. Dans les cités italiennes, il n'y avait plus de féodalité politique; la lutte était entre les bourgeois enrichis par le commerce et le peuple. C'était un esprit tout différent de l'esprit féodal. Le commerce est cosmopolite; il vit et s'étend par la multiplicité des relations. Dans un pareil ordre de choses, la réalité des coutumes n'avait plus de raison d'être; elle devait faire place à un élément nouveau, celui de la personnalité. Au moyen âge, la terre absorbe l'homme, et la coutume est le droit de la terre. Le commerçant ne tient pas sa puissance du sol, il la tient de son activité, de sa personnalité; donc le droit doit devenir le droit de la per

(1) « Unaquæque consuetudo suo loco clauditur. » (*Sur la coutume de Paris*, art. 76, n° 37.)

. C'est de cette réaction contre la réalité féodale , née l'idée des statuts personnels. Tel est aussi le tère qui distingue la doctrine des glossateurs. On ι reproché la tendance qui les porte à déclarer per-ıls les statuts, alors même qu'ils concernent les . Ce reproche est leur titre de gloire; ils donnent la à l'école italienne du dix-neuvième siècle. L'Italie terre privilégiée du droit; elle a produit les illustres :onsultes qui sont grands parmi les grands; c'est ·e elle qui a donné l'éveil à la science du droit inter-nal privé, et, dans ma conviction, elle a marqué la où notre science doit recevoir son accomplisse-(1).

›4. L'histoire du droit, comme l'histoire générale, lonner la raison des choses; si elle se borne à con-r les faits, elle est sans autorité aucune. Il nous faut voir encore pourquoi les glossateurs, humbles inter-s des lois romaines, ont eu la gloire d'inaugurer une ce dont leurs maîtres, les grands jurisconsultes de e, n'avaient point le soupçon. Virgile a décrit en c vers la mission de Rome : le peuple-roi était appelé ncre et à gouverner les nations. Les Romains consi-ent le butin comme la propriété par excellence, et aient un dédain superbe pour le commerce et l'in-ie. La monarchie universelle, idéal des conquérants, ialisée par les légions; les cités et les nations, suc-vement vaincues, furent assimilées au vainqueur, et le monde soumis à Rome, il n'y eut plus que des ens romains. Cet état de choses exclut tout conflit de voilà pourquoi les jurisconsultes de l'empire n'eurent : la notion d'une différence de statuts. Les républiques ınnes étaient dans une tout autre condition; elles mblaient aux cités de la Grèce plus qu'à Rome. nt du commerce, elles ne songèrent pas à con-ir; les besoins du trafic établissaient des liens ɜ elles, et les statuts variant d'une ville à l'autre, les lits furent inévitables. De là la nécessité d'une science

Comparez plus haut, n° 20.

nouvelle qui établît des règles pour vider les conflits.

Les glossateurs inaugurèrent le droit civil international. Est-ce à dire qu'ils aient eu conscience de cette grande innovation? J'ai dit que les hommes connaissent rarement la portée de ce qu'ils font, et que les effets de leurs actes dépassent presque toujours leurs intentions (n° 44). On voit ici une nouvelle preuve de cette loi qui régit toutes les manifestations de l'esprit humain. Les glossateurs ne se doutaient pas de l'innovation dont nous leur faisons un titre de gloire. Cela est si vrai qu'ils appuient toujours leur doctrine sur le texte des lois romaines, et cependant il est certain que la théorie des statuts est étrangère aux compilations de Justinien. En ce sens, tout l'édifice repose sur une erreur. Il faut dire plus : si les glossateurs avaient su qu'ils se trompaient, ils auraient répudié la doctrine à laquelle ils attachèrent leur nom, car pour eux, le droit romain était la vérité absolue. Il est donc bon qu'ils se soient trompés. Pour mieux dire, c'est Dieu qui tire de nos erreurs le bien qu'il veut produire. Comment ce qui est erreur au point de vue des hommes devient-il un élément de progrès dans les desseins de Dieu? Nous n'avons pas de réponse à cette question, parce que la créature ne peut pas pénétrer les voies du Créateur. Il importe néanmoins de constater le fait, et le fait est incontestable. Si les hommes font ce qu'ils ne veulent pas faire, qui le fait sinon Dieu? C'est une grande force pour l'homme que la conviction d'un gouvernement providentiel. Il agit sous la main de Dieu, sûr de son appui, quand il écoute sa conscience éclairée par la raison. Que l'on ne dise pas que dans cette doctrine l'homme n'est qu'un instrument de la Providence. Si l'histoire révèle l'action de la Providence, elle atteste aussi à chaque page la liberté de l'homme. Notre liberté est progressive, comme notre raison et notre moralité. Dans notre enfance, nous ne sommes pas libres; nous le devenons. Et en même temps que notre liberté augmente, nous comprenons qu'être libre veut dire faire ce que Dieu veut. Donc l'homme n'est pas une machine livrée à la fatalité; il concourt à l'œuvre de la Providence. Ce concours est de plus en plus libre, à me-

ure que l'homme aperçoit les desseins de Dieu, et ces desseins ne sont pas un mystère impénétrable : l'histoire les révèle. C'est dans cet esprit que j'essaye d'écrire l'histoire du droit civil international.

Nº 2. COSMOPOLITISME DES GLOSSATEURS. DROIT DES ÉTRANGERS.

205. Quelle était la condition des étrangers dans les cités italiennes? C'est une question capitale pour le droit international privé. Là où les étrangers sont exclus de la jouissance des droits civils, il ne peut guère être question d'un conflit de lois, puisque la loi étrangère est considérée comme n'existant point. Telle était la condition des républiques de la Grèce et de Rome; dans cet ordre de choses, il n'y avait de relations juridiques entre les hommes appartenant à des cités différentes qu'en vertu de traités, ce qui implique que l'étranger est sans droit. A bien des égards, les villes italiennes du moyen âge ressemblent aux républiques grecques. Toutefois, leur situation politique différait essentiellement. La Grèce ne forma jamais un Etat, les républiques jouissaient d'une indépendance absolue; voilà pourquoi d'une cité à l'autre les Grecs se traitaient d'étrangers. Il n'en était pas de même des cités italiennes; elles firent partie successivement de l'empire d'Occident rétabli par Charlemagne, puis de l'empire d'Allemagne fondé par Othon le Grand. Ce lien de dépendance était plus nominal que réel. L'absence des empereurs, et surtout leurs luttes avec les princes allemands et avec les papes favorisèrent l'esprit d'indépendance des villes italiennes. A partir de l'avénement d'Henri IV, l'Italie fut, pour ainsi dire, abandonnée à elle-même; la guerre avec la papauté absorbait toutes les forces de l'empire. L'antique esprit municipal se réveilla et avec lui l'amour de la liberté, ainsi qu'une vie et une grandeur que l'on ne soupçonnait pas dans l'Europe féodale. Les Hohenstaufen voulurent rétablir les droits de l'empire romain. Frédéric Barberousse, vaincu à Lignano, fut obligé de confirmer les priviléges des villes lombardes dans la paix de Constance. Cette paix ne fut qu'une trêve.

Les Italiens, quoique vainqueurs, n'osèrent revendiquer leur indépendance ; leur ligue reconnaissait les droits de l'empire, et la paix de Constance les consacra. L'Italie n'était donc pas libre. La lutte recommença sous Frédéric II ; l'héroïque race des Hohenstaufen finit par succomber, et l'empire tomba avec eux. Toutefois le lien qui unissait l'Italie à l'empire ne fut point détruit. De droit, les cités italiennes étaient dans la dépendance des empereurs d'Allemagne, et ceux-ci avaient hérité de toutes les prétentions des empereurs romains : ils se disaient, comme eux, les maîtres du monde.

206. On dit que Frédéric Barberousse, se promenant avec deux légistes dans les champs de Roncaglia, leur demanda s'ils croyaient qu'il fût le maître du monde. L'un d'eux répondit sans hésiter que oui ; l'autre ajouta une restriction, il accordait à l'empereur la jouissance, mais non la propriété. Quelle que soit la valeur de l'anecdote, il est certain que le droit des empereurs d'Allemagne à la monarchie universelle était un axiome pour les glossateurs. Ils avaient un respect superstitieux pour les lois romaines ; or, on y lit que l'empereur est le maître du monde, et les empereurs d'Allemagne n'étaient-ils pas les successeurs des Césars ? Dans la doctrine du moyen âge, l'autorité de l'empereur était plus étendue que celle des Césars romains. Il était, dans l'ordre temporel, le vicaire de Dieu ; l'autorité des Césars avait une limite, celle de l'empire, tandis que l'autorité des empereurs d'Allemagne embrassait l'univers entier (1). Un glossateur appelle l'empereur le proconsul et le légat de Dieu (2). La monarchie universelle devint un dogme ; Bartole et Balde, qui ne s'accordent sur rien, sont d'accord pour donner à l'autorité de l'empereur une couleur religieuse ; ils la fondent sur l'Evangile et sur le dessein que Dieu a eu en créant le monde : l'empire est la forme la plus parfaite de gouver-

(1) « Imperator est dominus *totius orbis* » (*Oceanus juris*, t. VI, fol. post num. 27). « Imperio romano subsunt omnes civitates et principes mundi » (*Oceanus juris*, t. VI, fol. 104, quæst. 17).

(2) *Oceanus juris*, t. IV, fol. 36, § *Hanc etiam sententiam*, post numer. 2.

ement, parce qu'il réalise l'unité et la paix (1). C'est l'argumentation de Dante (2). Bartole en tire une conséquence aussi grave que singulière; il traite d'hérétiques ceux qui soutiennent que l'empereur n'est pas le maître du monde (3). Il y avait de ces mécréants, même parmi les glossateurs; Albéric de Rosate nie que l'empereur soit le maître du monde; cette prétention, dit-il, n'est fondée ni sur l'Ecriture Sainte, ni sur la translation de l'empire par le pape, ni sur le droit du peuple romain (4). Mais c'était là une voix isolée; pour les glossateurs, comme pour Dante, la monarchie universelle de l'empire est un point de foi (5).

207. Sous l'empire romain, il n'y avait, pour ainsi dire, plus d'étrangers, la constitution antonine ayant accordé la cité à tous les habitants de l'empire. Est-ce aussi là la doctrine des glossateurs? La logique des principes y conduisait. Rome était considérée comme la commune patrie, et cette patrie était celle de tous les habitants de l'empire, pour mieux dire, de tous les hommes, puisque l'empire embrassait le monde entier. Bartole en conclut que toutes les cités doivent suivre le droit de Rome (6); un autre glossateur dit que le statut de Rome lie tout le monde, parce que personne n'y est étranger (7). En réalité, le droit romain était le droit commun de l'Italie, et il devint le droit commun de l'Allemagne, par la raison que l'empire d'Allemagne était le saint empire romain.

Mais le fait n'était guère en harmonie avec cette doctrine. En Italie, l'autorité de l'empereur n'était qu'une prétention; hors de l'Italie, les princes refusaient de reconnaître la suprématie de ce maître du monde. Comment concilier le droit avec le fait qui le contredisait? Bartole

(1) Baldus, super prima Codicis, fol. 5. *De summa Trinitate*, n° 1.
(2) Voyez plus haut, p. 211, n° 148.
(3) Bartoli secunda super Digesto Novo, *De captivis*, L. *Hostes*, n° 8 (fol. 236).
(4) Albericus de Rosate, super Codice, *De summa Trinitate*, nos 8-20 (fol. 7).
(5) Odofredus, super Codice, *De his qui ex publicis rationibus*, n° 3 (fol. 14, verso); et *De fundis limitrophis*, L. *Quicunque* (fol. 49 verso).
(6) Bartoli secunda super Codice, *Quæ sit longa consuetudo* (fol. 137, n° 2).
(7) Rochi Curtii, *De statutis*, sect. IX, n° 17 (*Oceanus juris*, t. II, fol. 378).

soutient hardiment que le fait était d'accord avec le droit. Son argumentation donne une idée de la manière subtile des glossateurs. Il partage le genre humain en deux parties, le peuple romain et les peuples étrangers. Voilà déjà une concession à la réalité des choses : que devient l'unité romaine, s'il y a des nations qui n'y sont pas comprises? Peu importe pour le moment. Il nous faut voir d'abord ce que l'on entend par *peuple romain*. La glose dit que c'est tout l'empire romain. Ici le légiste italien se fait une objection; c'est le fait qui la lui dicte : « Il y a peu de cités et d'Etats qui obéissent à l'empire, Rome forme donc un bien petit peuple! » Bartole avoue qu'il y a des cités et des nations qui n'obéissent pas à l'empereur, mais il prétend qu'elles appartiennent néanmoins au peuple romain.

Il y a d'abord des cités qui sont soumises en partie à l'empire, telles sont les villes lombardes et toscanes; elles vivent d'après le droit romain et elles reconnaissent l'empereur comme maître universel. Le peuple romain, y exerçant une partie de la juridiction, retient par cela même toute la juridiction. Ceci est plus qu'une subtilité, c'est une fiction qui repose sur la prétention de l'empereur à la domination du monde. Il en est de même de toute l'argumentation de Bartole.

Il y a ensuite, dit-il, des cités, telles que Venise, qui n'obéissent pas à l'empereur et qui ne sont pas régies par les lois romaines; néanmoins elles appartiennent au peuple romain. En effet, elles tiennent leur liberté d'un privilége que l'empereur leur a concédé et qu'il peut révoquer, car l'empereur peut changer de volonté. D'ailleurs, le privilége ne doit pas tourner au préjudice de ceux qui en jouissent; ils conservent donc la cité et tous les droits qui y sont attachés.

Il y a encore des cités qui n'obéissent pas à l'empereur et qui disent qu'elles tiennent leur liberté d'un contrat. Telles sont les provinces que Constantin a cédées à l'Eglise romaine. Cela suppose que la donation est valable, ce qui était controversé, et qu'elle ne peut être révoquée, ce qui était également douteux. Ces provinces appartiennent au peuple romain, par la raison que l'Eglise de Rome

exerce la juridiction, qui est un droit de l'empire. Bartole dit que le pape n'a que l'administration. Cela passerait aujourd'hui pour une hérésie, dans le camp ultramontain. Bartole donne une singulière raison d'analogie. Le pape a une entière juridiction sur tous les clercs : cela empêche-t-il les clercs d'être citoyens romains? Non, certes; ce qui le prouve, c'est qu'ils conservent le droit de succéder. Ainsi, il est entendu que tous les clercs sont citoyens de Rome.

Enfin, il y a des princes, les rois de France, d'Angleterre et autres, qui nient qu'ils soient soumis à l'empereur. Néanmoins ils appartiennent au peuple romain; ils sont indépendants en vertu d'un privilége ou par la prescription, mais ils ne laissent pas d'être citoyens romains.

Quant aux peuples étrangers, ce sont ceux qui ne reconnaissent pas l'empereur comme le maître du monde. Tels sont les Grecs qui revendiquent la domination pour leur empereur; les Tartares et les Sarrasins ont la même prétention (1). Bartole ne dit point laquelle de ces prétentions est fondée, mais cela allait sans dire : le droit de l'empereur est un droit divin, puisqu'il est fondé sur l'Evangile. Or, l'Evangile doit se répandre dans le monde entier, alors le fait sera en harmonie avec le droit.

208. Cette doctrine, toute de fiction, avait-elle des conséquences pratiques? Les glossateurs prenaient au sérieux l'empire du monde qu'ils revendiquaient pour l'empereur. Tous ceux qui appartiennent au peuple romain sont naturellement citoyens de Rome. Bartole dit qu'ils y peuvent être assignés (2). Cela est d'une médiocre importance; logiquement il eût fallu aller plus loin et dire que tous ceux qui faisaient partie du peuple romain étaient régis par le droit de Rome. Mais ici la réalité l'emportait sur la fiction; Bartole est obligé de reconnaître que les Vénitiens ne suivaient pas le droit romain; il en était de même de toute l'Europe occidentale; partout régnaient les sta-

(1) Bartoli secunda super Digesto Novo, *De captivis et postliminio*, L. *Hostes*, n° 2, fol. 236.

(2) Bartoli secunda super Digesto Novo, *Ad municipes et de incolis*, L. Roma, fol. 242.

tuts ou les coutumes. La doctrine des glossateurs avait une autre conséquence qui, si elle eût été admise, aurait un grand intérêt pour la science du droit international privé. Toutes les nations chrétiennes, sauf les Grecs, faisant partie du peuple romain, n'en résultait-il pas que, dans leurs relations civiles, il n'y avait plus d'étrangers, en ce sens que tout homme appartenant à un de ces peuples jouissait partout des droits civils? Ne fallait-il pas même aller plus loin, et attribuer cette jouissance à toute personne, puisque virtuellement le monde entier relevait de l'empereur appelé par Dieu à gouverner tous les peuples? C'eût été réaliser, dès le moyen âge, l'unité civile du genre humain, laquelle n'est pas encore accomplie au dix-neuvième siècle. On a soutenu que telle était, en effet, la doctrine des glossateurs. M. Wharton dit, dans son Traité de droit international privé, que Balde partageait l'opinion qui régnait au moyen âge sur la suprématie, disons mieux, sur la monarchie universelle du pape et de l'empereur : un Dieu, un pape, un empereur, et que le glossateur en concluait résolûment qu'aucun statut local ne pouvait restreindre les droits d'un étranger chrétien (1). M. Bar généralise cette opinion, et dit que, dans la doctrine des glossateurs, tout étranger jouit des droits civils (2). L'auteur allemand et, d'après lui, l'auteur américain citent des passages de Balde auxquels ils se réfèrent; je les ai vainement cherchés dans ses commentaires sur le Digeste et sur le code; je n'ai pas trouvé non plus le passage de Salicet cité par le jurisconsulte allemand. J'admets que les glossateurs ont professé cette théorie dans l'une ou l'autre hypothèse, mais je dois contester que telle ait été la doctrine généralement suivie; on pourrait affirmer plutôt que les légistes italiens sont restés fidèles au principe que leurs maîtres, les jurisconsultes de Rome, enseignaient, c'est-à-dire que l'étranger, comme tel, ne participait pas au droit civil. Les témoignages se contredisent; il y en a que l'on peut invoquer en faveur des étrangers;

(1) Wharton, *Conflict of laws*, p. 73, note r'. et Appendix C, p 680.
(2) Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 64, note 2.

d'autres leur sont décidément défavorables, et ces derniers sont décisifs, parce qu'ils sont en harmonie avec les idées des jurisconsultes romains.

209. Une chose est certaine, c'est que les cités commerçantes favorisaient les étrangers. Il en était même ainsi dans l'Europe féodale. On lit dans la charte de Gand de 1176 (art. 21) : « Si un marchand ou tout autre étranger se présente devant les échevins et leur demande justice, et si le défendeur est présent ou peut être trouvé, les échevins feront justice dans les trois jours, ou au plus tard dans les huit jours (1). » Ainsi l'étranger pouvait ester en justice, fût-ce contre un étranger, car la charte ne distingue pas, tandis que le code Napoléon semble lui refuser ce droit! Les républiques italiennes étaient prodigues du droit de cité; il y en avait qui l'accordaient à tout étranger qui habitait la cité (2), de sorte que les passagers étaient seuls considérés comme étrangers. Quand l'étranger habitant (*incola*) mourait sans héritier et sans avoir testé, l'évêque distribuait ses biens entre les pauvres (3). Ainsi de droit commun, les parents succédaient, et l'étranger pouvait disposer de ses biens par testament. Voilà encore un droit que le code Napoléon refuse à l'étranger. Au treizième siècle, Frédéric II établit comme droit général de l'empire la faculté pour l'étranger de tester, et le droit de la famille de recueillir ses biens s'il décédait *ab intestat* (4). Cette constitution figure dans le *Corpus juris*, parmi les *Authentiques;* les glossateurs ne la citent point : serait-ce parce que le grand empereur mourut excommunié ?

Il y avait aussi des cités universitaires; les élèves y affluaient de toutes les parties de l'Europe; on en comptait dix mille à Bologne. Ce n'étaient pas des enfants, c'étaient des hommes; il y en avait qui passaient dix, vingt, vingt-cinq ans dans les universités. Quelle était la condition

(1) *Coutume de Gand* (dans le Recueil publié par le gouvernement belge), t. I, p. 387.
(2) Baldus, *Regulæ generales statutorum* (*Oceanus juris*, t. II, fol. 160 verso).
(3) Bertachini, *De episcopis* (*Oceanus juris*, t. V, fol. 119, nos 50 et 51).
(4) Constitutio a. 1220 (Pertz, Legg, t. II, p. 244).

légale de cette masse d'étrangers? Ils n'étaient pas considérés comme indigènes, quelque long que fût leur séjour, car ils conservaient toujours l'esprit de retour; ils n'acquéraient donc pas le droit de cité (1). Les étudiants jouissaient d'un singulier privilége, ils pouvaient choisir leur juge, soit le juge académique, soit l'évêque ou le podestat (2). A Bologne, ils n'étaient pas jugés d'après le statut de Bologne; le glossateur qui rapporte ce fait ne dit pas quelle loi les juges appliquaient, ce ne pouvait être que la loi personnelle de l'étranger ou le droit romain; tandis que, d'après le droit féodal, ils auraient été soumis au droit territorial, toute coutume étant réelle (3). Quoique n'étant pas citoyens, ils étaient assimilés aux bourgeois de Bologne (4), ce qui implique que, sans être soumis aux charges locales, ils jouissaient des droits privés. Mais cela prouve aussi que la jouissance du droit civil constituait un privilége, partant une dérogation au droit commun.

210. Si, en principe, tout étranger avait joui du droit civil, les priviléges n'auraient pas eu de raison d'être. L'exception suppose que la règle excluait les étrangers. En effet, les glossateurs rapportent des statuts qui rappellent la rigueur du droit antique. On ne permettait pas aux étrangers d'acquérir des immeubles. Cela choquait les glossateurs; ils auraient voulu écarter ces statuts comme violant le droit commun, mais, en fait, ce qu'ils considéraient comme une dérogation formait, au contraire, la règle (4). Si entre vifs on défendait aux aubains de devenir propriétaires, comment les aurait-on admis à recueillir l'héritage de leurs parents? Leurs biens étaient considérés comme vacants : le fisc s'en emparait à ce titre (5).

(1) A Bologne, ils acquéraient le droit de cité après un séjour de dix ans. (Odofredus, super Codice, *De muneribus patrimoniorum*, fol. 85 verso.)

(2) Bartolus, super Codice, *Quando fiscus, vel privatus*, L. *Neque ex ejus*, n° 5 (fol. 152 verso).

(3) Albericus de Rosate, super Codice, *Quando fiscus, vel privatus*, (fol. 182, verso, n° 5.)

(4) Voyez les témoignages dans l'*Oceanus juris*, t. I, fol. 134, n° 45 et t. V, fol. 106, n° 118.

(5) Bartolus, super Codice, *De sancta Trinitate*, fol. 8 verso.

Balde abonde dans ces idées, ce qui confirme nos doutes en ce qui concerne la doctrine que Wharton et Bar disent être la sienne. Il compare les statuts aux pactes; les conventions ne profitent pas aux étrangers qui n'y figurent point : partant les étrangers ne sont pas admis à succéder (1). L'argumentation est étrange, disons le mot, elle repose sur une erreur : les statuts sont des lois, et les lois ne sont pas des conventions. Et si l'étranger ne profite pas des lois, il est hors la loi. Comment, imbu de ces idées, Balde aurait-il enseigné que les étrangers jouissent des droits civils?

D'après un statut de Milan, la femme qui se marie hors de la commune ne succède pas à ses parents milanais. Balde en conclut que les enfants nés d'une Milanaise expatriée sont exclus des successions. Cependant ces enfants ont pour mère une Milanaise, car la femme ne perdait point sa nationalité en se mariant. Tout cela est d'une inconséquence extrême. Il se peut que les glossateurs aient également été illogiques (2).

Balde professe encore une autre opinion, qui est radicalement incompatible avec le cosmopolitisme dont on lui fait honneur. Celui qui est pris par l'ennemi est censé mort civilement (3). C'est la théorie romaine de la captivité; le captif perd la cité et, avec elle, tous ses droits. Donc ceux qui n'appartiennent pas à la cité, les étrangers, sont sans droit. Voilà une doctrine tout à fait contraire à celle que l'on dit être l'opinion des glossateurs. Ecoutons Bartole : « Ceux qui deviennent ennemis du peuple romain, perdent les droits civils qui leur appartenaient comme citoyens romains. De même ceux qui sont ennemis d'une cité perdent tout ce qui tient au droit civil de cette cité. » Bartole applique ce principe à ceux qui perdent le droit de cité par suite d'une condamnation pénale; ils ne peuvent plus ni contracter, ni tester, ni faire aucun acte

(1) Baldus, *Consilia*, pars. I, cons. 459, nº 2 (fol. 108, verso).
(2) Baldus, *Consilia*, pars I, cons. 411, nºs 1 et 2 (fol. 98 verso); et cons. 367, fol. 86.
(3) Baldus, super Digesto, Pars III, *De liberis et posthumis* (fol. 47, nº 1).

juridique : c'est la mort civile dans toute son horreur (1). Cette doctrine est la négation des droits qui appartiennent à l'homme comme tel. Les lois des cités italiennes n'ont reculé devant aucune conséquence de la mort civile qui frappait les bannis. Elles ne se contentent pas de dire que les bannis perdent la jouissance des droits civils; cela allait sans dire, puisqu'ils étaient morts civilement (2); elles les mettent hors la loi de l'humanité en permettant de les tuer : que dis-je? le législateur donne une récompense au meurtrier. Jusque-là va le délire de la logique quand les passions l'inspirent.

Laissons là ces excès qui ont déshonoré les républiques de la Grèce aussi bien que les cités du moyen âge. Sur le terrain du droit civil, il n'y avait aucun dissentiment entre les glossateurs. Tous enseignent que les étrangers ne jouissent pas du bénéfice des statuts, et ils donnent comme raison qu'ils ne supportent pas les charges locales. La raison est mauvaise, mais elle est caractéristique; on la trouve chez ceux-là mêmes que l'on prétend avoir professé un cosmopolitisme qui ferait honte au dix-neuvième siècle. Balde (3) est d'accord avec Salicet (4) et avec tous les glossateurs. L'un d'eux, Ancharanus, admet une exception à cette rigueur en cas de réciprocité (5); c'est la théorie consacrée par le code civil. Au moyen âge, c'était un immense progrès; au commencement du dix-neuvième siècle, c'était un recul, une réaction contre les idées de 1789. Je ne sais si l'idée d'Ancharanus était généralement admise; j'en doute quand je lis dans Balde que celui qui n'appartient pas au territoire ne peut pas succéder aux biens qui s'y trouvent; il dit que l'étranger est considéré comme n'existant point (6). Si l'on prenait

(1) Bartolus, secunda super Digesto novo, *De captivis et postliminio*, L. *Hostes*, n° 1, fol. 236. Cf Albericus de Rosate, super Codice, t. II, *Qui admitti ad bonorum possessionem possunt*, fol. 14, n° 10.
(2) Albericus de Rosate, super Dig. vet. Prima Pars, *De capitis diminutione*, L. *Amissione*, n° 2, fol. 279 verso.
(3) Baldi *Consilia*, Pars prima, c. 349, fol. 84.
(4) Salicetus, super quinto Codice Authentica *Nunc autem*, fol. 63.
(5) Ancharanus, *Quæstiones*, Lib. I, qu. IX (fol. 50); L. II, qu. 3, n°s 1-2, et qu. 63, n° 3).
(6) Baldi *Consilia*, Pars I, cons. 357, fol. 86.

ce motif à la lettre, on reculerait jusqu'à la loi des XII Tables.

211. Il est rare que les hommes dépassent les opinions de leur siècle : les plus grands génies en subissent l'influence. On a attribué au christianisme l'abolition de l'esclavage. Non, nous devons la transformation des classes sociales à l'esprit de liberté qui animait la race germanique : c'est dire que nous la devons à Dieu. Les jurisconsultes romains reconnaissaient l'égalité des hommes, ce qui ne les empêchait point de comparer la servitude à la mort. Faut-il s'étonner si les glossateurs leur empruntent cette comparaison (1)? Azon en conclut que l'esclave ne peut rien posséder (2) : c'est toujours la théorie de la mort civile. Les glossateurs se demandent si la servitude est de droit naturel. Ils répondent oui, d'après le droit canonique. La réponse paraîtra embarrassante à ceux qui croient que l'Eglise a affranchi les esclaves. Albéric de Rosate ajoute que l'esclavage est au moins du droit des gens (3); c'était la décision des jurisconsultes romains, et c'est l'opinion commune des glossateurs; mais ils ont soin d'observer que le droit civil a enlevé aux maîtres le droit de vie et de mort (4). Il s'était accompli un autre progrès, Bartole le constate, c'est que la servitude personnelle n'existe plus chez les peuples chrétiens; on ne la trouve plus, dit Dumoulin, que chez les Turcs et les Barbares infidèles (5). Est-ce à dire que l'on fait injure à l'Eglise en niant que c'est à elle qu'est dû l'affranchissement des serfs? J'ai traité cette grave question ailleurs; je me bornerai ici à transcrire le statut de la noble cité de Bologne, par lequel tous les serfs qui se trouvaient sur son territoire furent affranchis; elle paya une indemnité pour le rachat de ceux qui étaient propriété privée. Dans

(1) Azon, super Cod., lib. I, tit. 19, n° 1, p. 48.
(2) Azon, super Codice, lib. VI, tit. IV, n° 5.
(3) Albericus de Rosate, super Codice, *De prec. imperatori offer.*, fol. 56 verso, n° 15.
(4) Odofredus, super Codice, *De justitia et jure*, L. *Jus civile est*, n° 2 (fol. 7 verso).
(5) Bartolus, super Digesto novo, *De captivis et postliminio*, L. *Hostes*, (fol. 236). Dumoulin, *Coutume de Paris*, § II, glose 3, n° 3.

le préambule, le statut rappelle que Dieu a créé les hommes libres, et que c'est par l'abus de la force qu'ils ont été privés de leur liberté. « La ville de Bologne, qui a toujours combattu pour la liberté, se souvenant du passé, et les yeux fixés sur l'avenir, en l'honneur de Notre Sauveur Jésus-Christ, a racheté tous les serfs qui se trouvaient sur son territoire, et décrété que jamais elle n'y souffrirait un homme non libre (1). » C'est un podestat, Accurse de Sorrecina, qui inspira cette généreuse résolution à ses concitoyens, ce n'est pas un évêque. Le décret date de 1256. Cinq siècles plus tard, il y avait encore des serfs, et où? Sur les domaines de l'Église; il fallut la révolution de 1789 pour affranchir les derniers serfs, malgré les abbés.

212. Les légistes italiens sont des commentateurs, et les jurisconsultes qu'ils commentent sont de mauvais maîtres, dans tout ce qui dépasse le droit privé; les Romains n'ont jamais connu les droits de l'homme. L'Eglise les connaissait encore moins, elle était l'ennemie de toute liberté. Or, les glossateurs restèrent soumis à l'Eglise. Il y en a qui, comme Gibelins, étaient ennemis de la papauté. Albéric de Rosate l'attaque dans ses fondements. Il n'est pas vrai, dit-il, que Jésus-Christ ait conféré la toute-puissance à saint Pierre; il n'est pas vrai que Constantin ait fait don de l'empire au pape; il n'est pas vrai que l'empereur tienne son pouvoir du souverain pontife, il le tient de Dieu; il n'est pas vrai que l'empereur soit subordonné au pape, c'est le pape qui est subordonné à l'empereur; la puissance pontificale n'est pas de Dieu, c'est une usurpation, une tyrannie (2). Albéric parle, non comme légiste, mais comme gibelin. En Allemagne, les gens de loi passaient pour de mauvais chrétiens; les glossateurs, même ceux qui attaquent la papauté, restèrent attachés à l'Eglise, et ils consacrèrent de leur autorité les abus de la puissance ecclésiastique. Albéric, que nous

(1) Voyez mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. VII (*la Féodalité et l'Eglise*, p. 529, suiv.

(2) Albericus de Rosate, super Codice, Pars II, *De quadriennii praescriptione*, n°s 1-34, fol. 117.

venons d'entendre tonner contre la papauté, comme aurait fait un précurseur de la réforme, maintient les immunités de l'Eglise en matière civile et criminelle (1); c'est ce que l'Eglise appelait sa liberté, et la liberté de l'Eglise est la servitude de l'Etat et de l'homme. L'unité chrétienne était profondément viciée par l'idée de l'Eglise; tous ceux qui sont hors de l'Eglise sont sans droit. Tels étaient les excommuniés; or, en Italie plus qu'ailleurs, l'Eglise abusait de l'excommunication; des cités entières étaient rejetées de la communion chrétienne; les excommuniés, paraît-il, ne s'en souciaient guère; ils allaient jusqu'à instituer des sacrements civils. On ne voit pas que les glossateurs aient approuvé cette révolte; ils assimilent les excommuniés aux déportés, ce qui aboutissait à les priver de tout droit, comme s'ils étaient morts civilement; ils ne pouvaient disposer de leurs biens, ni être institués héritiers : leur condition était pire que celle des étrangers (2). Il en était de même des hérétiques, on les assimilait aux esclaves (3), ce qui les dépouillait de leur qualité d'hommes et leur enlevait la jouissance de toute espèce de droit (4). Quant aux infidèles, il va sans dire qu'ils étaient hors du droit commun. J'ai exposé plus haut la doctrine de l'Eglise; c'était celle des glossateurs, elle prend même une couleur plus odieuse quand on voit formuler comme règle de droit la violation de tout droit (5). Bartole enseigne que l'Eglise peut faire la guerre aux Sarrasins, parce qu'ils détiennent la Terre Promise qui appartient aux descendants d'Abraham; on n'a pas même besoin de déclarer la guerre aux ennemis de la religion, elle existe de plein droit : les chrétiens peuvent donc toujours les dépouiller de leurs biens (6). Ainsi des

(1) Albericus de Rosate, *De statutis*, t. III, 42 (*Oceanus juris*, t. II, fol. 61).
(2) Jacobus de Sancto Georgio, super prima Codicis, *De procuratoribus*, fol. 48 verso, n° 1; *De hæredibus instituendis*. Quæ personæ institui non possunt, n° 3, fol. 98 verso.
(3) Azon, super Codice, lib. I, tit. XIX, n° 2, p. 48.
(4) Jacobus de Arena, super Codice, L. *Cum quidam* n° 1, fol. 21.
(5) Albericus de Rosate, super Codice, *De sacrificiis paganorum*, fol. 42, n°s 1-4.
(6) Bartolus, super Codice, *De paganis et sacrificiis*, n°s 2 et 3 (fol. 42 verso).

hommes de loi légitiment le brigandage et la pirateri

213. Que faut-il conclure de cette contrariété de t moignages? Les glossateurs sont des hommes de traditio liés par les textes qu'ils commentent, liés par les lois l'Eglise que tout homme acceptait au moyen âge, sauf l hérétiques, qui se mettaient par cela même hors la sociét Or, la tradition était hostile aux étrangers, elle ne le reconnaissait aucun droit; il fallait être membre de cité, et, il faut ajouter, membre de l'Eglise, pour être u personne capable de droit. Heureusement que dans l'é social du moyen âge, il y avait des germes d'une doctri plus large. Le cosmopolitisme impérial inspira à Fréd ric II un édit qui préluda au décret de l'Assemblée cons tuante sur l'abolition du droit d'aubaine. Les étrange capables de succéder et de disposer de leurs biens, étaie par cela même assimilés aux citoyens pour la jouissan des droits privés. D'un autre côté, les nécessités du co merce et la faveur des études rendaient les cités italienn favorables aux étrangers. L'état social de l'Italie au tr zième siècle n'était plus l'état social de Rome; le co merce et la science sont cosmopolites. Il y avait contr diction entre le fait et le droit. Le droit était u législation que les glossateurs ressuscitèrent, mais qui bien des points n'était plus en harmonie avec le nou ordre de choses qui procédait de l'invasion des Barba et du christianisme. Au moment même où l'école de dr s'établissait à Bologne, il s'opérait une immense révo tion : la servitude personnelle disparaissait, et les ci libres affranchissaient à l'envi les serfs. Chose rem quable! Bologne prit l'initiative. Si les esclaves de naient des hommes, à plus forte raison devait-on rec naître la personnalité humaine aux étrangers. C'était nouvel ordre de choses qui se préparait et qui se ma festa par-ci par-là dans les écrits des glossateurs. Ils s tout ensemble des hommes du passé et des hommes l'avenir : de là leurs inconséquences et leurs contrad tions. Ce qui prouve que chez eux l'esprit nouveau l' portait, c'est précisément la doctrine des statuts dont l' tiative leur appartient; s'ils sont les défenseurs de

rsonnalité du droit, c'est que la personnalité humaine e un plus grand rôle dans l'Italie du moyen âge que s l'Italie romaine.

N° 3. LA THÉORIE DES STATUTS.

214. Les glossateurs distinguent des statuts person- s et des statuts réels : les premiers s'étendant hors du ritoire où ils ont été portés, s'attachant à la personne la suivant partout : les seconds, renfermés dans le terri- re. On ne voit pas que les légistes italiens se soient de- ndé quelle est la raison pour laquelle certains statuts t réels, tandis que d'autres sont personnels. Le pre- er glossateur qui ait cherché un principe pour distin- er les deux espèces de statuts est Bartole; il professa droit au quatorzième siècle dans les plus célèbres uni- rsités d'Italie. Chose étrange! Il traita des statuts réels personnels dans son commentaire sur le code de Justi- n, au titre de *la Sainte Trinité et de la Foi catholique.* r, chacun sait qu'il n'est pas question de statuts dans le rps de droit romain, et qu'au titre *De la Trinité*, les pereurs Gratien, Valentinien et Théodose consacrent mme loi de l'empire la foi catholique, et notamment le gme de la Trinité, que saint Pierre, selon eux, prêcha x Romains; ils l'imposent à *tous les peuples* qui sont umis à leur domination; de là les mots de *Cunctos po- pulos* qui se trouvent au commencement de la loi pre- ière. Quel rapport y a-t-il entre un dogme incompré- nsible et une doctrine juridique? Et où est le lien entre s mots *cunctos populos* et les statuts? Si les glossateurs vaient été historiens et philosophes, ils auraient demandé ux empereurs qui leur avait appris que saint Pierre a été à Rome et comment ils savaient que saint Pierre avait prêché aux Romains le dogme de la Trinité, dont l'apôtre ne se doutait certes pas; ils auraient demandé encore de quel droit les empereurs imposaient à tous les peuples un article de foi qui n'a rien de commun avec le droit ni avec la morale. C'est le seul commentaire qu'il y avait à écrire sur une loi qu'aucun prince, fût-il le maître du monde,

n'avait le droit de faire. Toujours est-il que tous les glossateurs suivirent l'exemple de Bartole, et traitèrent des statuts en expliquant la loi *Cunctos populos*. Froland, qui a écrit des Mémoires sur les statuts, s'étonne de ce défaut de méthode. « Les distinctions, dit-il, qu'ils ont pris occasion de faire de quelques termes énoncés dans la constitution paraissent avoir été faites aussi à contre-temps que cette note qu'on dit être sur certaine disposition canonique qui commence en ces termes : *Il est parvenu à nos oreilles*, et sur laquelle le glossateur a écrit : *Notez que le pape a des oreilles* (1). »

215. Il y a une chose plus étonnante encore que le défaut de méthode dont Froland se moque. Les glossateurs commencèrent par écrire en marge de leur manuscrit du *Corpus juris* de courtes notes ou *gloses* explicatives du texte; de là vient le nom qu'on leur a donné. Ils restèrent toujours des commentateurs. Or, les textes qu'ils commentent ne consacrent pas la distinction des statuts : le nom ne s'y trouve point et la chose pas davantage. Les glossateurs fondent leur doctrine sur des textes mal interprétés, donc sur une base imaginaire. Ceci n'est pas un reproche. Les légistes du moyen âge étaient étrangers à toutes études, littéraires, historiques et philosophiques; il faut s'étonner, non de leurs erreurs, mais de la subtilité de leur intelligence, digne de la race italienne. Ce qui a causé une surprise assez légitime, c'est le singulier principe que Bartole établit pour distinguer les statuts personnels et réels. Il discute la question de savoir si un Anglais avait droit, en vertu du statut de primogéniture, aux biens que son père possédait en Italie. La solution dépend de la qualité du statut : est-il personnel, il s'étend partout, n'importe dans quel lieu les biens sont situés : s'il est réel, il ne dépasse pas les limites du territoire. Dans la première supposition, le fils aîné recueillera les biens italiens; dans la seconde, il n'y aura aucun droit. Mais comment savoir si le statut est personnel ou réel?

(1) Froland, *Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts*, t. I, p. 16.

statut, répond Bartole, sera personnel s'il commence ar parler de la personne : *Primogenitus succedat in omnibus bonis*. Au contraire, le statut sera réel s'il commence par mentionner les biens : *Bona decedentium veniant in primogenitum* (1). Si l'on ne savait que Bartole ait un jurisconsulte sérieux et d'une immense réputation, serait tenté de prendre sa distinction pour une mauvaise plaisanterie. C'est, dit un des auteurs les plus estimés (2), bâtir une théorie sur la différence entre *jus vert* vert jus*. Cependant la distinction fut adoptée par la part des glossateurs, et comme elle était d'une application facile, mécanique en quelque sorte, les praticiens ne manquèrent point de la suivre, et ils y restèrent attachés longtemps après qu'elle eut été désertée dans le domaine la science : les avocats la défendaient encore au dix-huitième siècle (3).

Bartole régna longtemps au barreau et dans la science (4); mais jurisconsulte n'eut une autorité égale à la sienne. Les uns l'appelaient *pater juris*, les autres *lucerna juris* (5). disait que la substance de la vérité se trouvait dans écrits, et que les avocats et les juges n'avaient rien mieux à faire que de suivre son opinion (6). L'immense réputation de Bartole donna cours à sa distinction. Toutefois, son propre disciple, Balde, la rejeta, et les grands jurisconsultes du seizième et du dix-septième siècle furent unanimes à la réprouver. Charles Dumoulin la ruina d'un mot en disant que c'était une distinction *verbale* : la réalité ou la personnalité d'une loi peut-elle dépendre de la construction d'une phrase, et qu'importe que le législateur commence à parler de la chose ou de la personne? D'Argentré mit un véritable acharnement à combattre Bartole, et il le fit avec toute l'âpreté qui le caractérise : « Rien de plus futile, dit-il, rien de plus puéril : on dirait de graves

(1) Bartolus, super prima Codicis, L. *Cunctos populos*, n° 42, fol. 8.
(2) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, coutumes et statuts*, t. I, p. 20.
(3) Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, p. 38 et 39.
(4) Rodenburg, *De jure conjugum*, tit. I, chap. I, p. 15.
(5) Bertrandi, *Consilia* (cons. 120, n° 6, fol. 74 verso)
(6) Ancharani *Quæstiones*, II, 20, n° 8.

jurisconsultes qui jouent avec les mots comme les enfants avec les osselets. Si les petits garçons se mêlaient de droit, ils auraient honte de soutenir une opinion que tant d'illustres professeurs ont enseignée, vaine sophistique qui se paye d'un arrangement de syllabes. » D'Argentré revient sans cesse sur sa critique, preuve que la doctrine de Bartole était enracinée dans la pratique; le rude Breton, qui ne craignait pas de s'attaquer à Dumoulin, se fit un plaisir de fouler aux pieds une distinction qui lui paraissait contraire au bon sens (1). Tous les auteurs qui traitèrent des statuts se rangèrent à son avis; je renvoie aux *Mémoires* de Froland, où les passages sont transcrits.

216. Je n'entreprendrai pas de réhabiliter la distinction de Bartole, mais il me semble qu'en rejetant son opinion, on a été injuste pour l'auteur. D'abord on a généralisé la distinction que le légiste italien proposait seulement pour un cas déterminé, le statut de primogéniture. Ce qui prouve que, dans sa pensée, il entendait seulement décider une espèce et non établir une règle, c'est qu'il commence par rapporter les décisions diverses des glossateurs concernant la question qu'il examine, puis il propose son avis. Il ne se borne pas à dire que l'interprète doit consulter les termes du statut, il ajoute une considération qui était un motif habituel de décider pour les jurisconsultes italiens, c'est que le statut étant défavorable, il faut l'interpréter d'une manière restrictive, en s'en tenant strictement au texte. Aucun de ceux qui l'ont attaqué avec tant de violence n'a fait attention à cet ordre d'idées, ni à ce qu'il y a d'essentiel dans l'avis de Bartole. L'arrangement des mots, dont on s'est tant moqué, n'est qu'une chose secondaire; si Bartole s'y attache, c'est dans le but de restreindre une loi odieuse. Je reviendrai sur cette théorie, qui est également erronée. Mais qu'importe que le légiste italien se soit trompé? Est-ce que ceux qui l'ont si rudement traité ne se seraient pas trompés, et d'Argentré

(1) C'est l'expression de Froland, auquel je renvoie pour les témoignages (*Mémoires sur les statuts*, t. I, p. 30, nº IV).

tout le premier? Le réalisme du jurisconsulte breton est aussi répudié aujourd'hui comme une erreur; cela n'empêche pas d'Argentré d'être un excellent esprit et un de nos meilleurs jurisconsultes. Bartole aussi a sa gloire, que l'on aurait tort de lui contester. Il est le premier qui ait fait une distinction systématique des statuts, et ceux qui ouvrent la voie ont un mérite incomparable; il nous est facile de critiquer leurs erreurs, mais s'ils n'avaient pas pris l'initiative de notre science, nous ne pourrions pas la perfectionner. Que, dans la chaleur de la lutte, d'Argentré ait été excessif, cela est naturel; mais la postérité doit être plus indulgente tout ensemble et plus juste.

217. D'Argentré reproche aux glossateurs d'avoir considéré comme personnels des statuts qui concernent en réalité les biens. Je reviendrai sur les détails; à mon avis, la critique est un éloge. Il est certain que les légistes italiens avaient une tendance à personnaliser les lois; elle est devenue le caractère distinctif de l'école italienne du dix-neuvième siècle. Voilà une filiation dont les glossateurs peuvent se glorifier. Albéric de Rosate pose un principe qui, appliqué logiquement, aurait abouti à déclarer personnels tous les statuts, au moins en ce sens que la personnalité eût été la règle. Les choses, dit-il, ont été créées pour les personnes et non les personnes pour les choses. Nous dirions aujourd'hui que les biens servent au développement matériel, intellectuel et moral des hommes. La conséquence est évidente, c'est que les choses, à titre d'accessoires, doivent suivre la condition de la personne. Dans cet ordre d'idées, il est absurde de parler de lois réelles : les lois n'ont-elles pas toujours et essentiellement en vue les personnes? Le légiste italien, idéaliste comme l'est, en général, la science italienne, exprime sa pensée en ces termes : « Ce qui est le plus digne tire à soi ce qui est le moins digne. » Et qui oserait comparer la valeur des biens à la dignité de la personne? Donc la personne tire à elle les biens, partant tout statut est personnel en principe (1).

(1) Albericus de Rosate, super Codice, *Qui dari tutores possunt*, fol. 264, col. 1, n° 1. Et. *Oceanus juris*, Albericus de Rosate, *De statutis*, III, 17, 3 (t. II, fol. 56 verso).

Cette doctrine n'était pas du goût de d'Argentré; cela se conçoit, il était réaliste outré : mais qui est dans le vrai, l'émule de Dumoulin ou l'obscur glossateur?

Les légistes italiens ont encore un autre principe qui tient au profond respect qu'ils ont pour la personnalité humaine. Dans l'Europe féodale, on disait : les coutumes sont réelles. Sans doute, le législateur statue sur les personnes et les choses qui lui sont soumises. Est-ce à dire qu'il impose sa volonté aux hommes? Que deviendrait alors la liberté? N'est-ce pas dans l'intérêt des hommes que les lois se font? Et qui est le meilleur juge de ses intérêts, sinon l'individu? Il faut donc lui laisser pleine liberté d'agir. De là les glossateurs concluaient que la volonté des parties peut étendre les contrats hors du territoire, et comprendre, par conséquent, des biens soumis à une souveraineté étrangère (1). Le principe a des conséquences importantes, notamment en matière de conventions matrimoniales. Dumoulin s'en empara, et bien que d'Argentré le combattît avec acharnement, il fut consacré par la jurisprudence et il est devenu un axiome de notre science.

218. Cela veut-il dire qu'il n'y ait point de statuts réels? Non certes, et les glossateurs n'allaient pas jusque-là. Reste à savoir quand la loi est restreinte au territoire et quand elle peut le dépasser. C'est la grande difficulté de notre science; le débat n'est pas encore vidé au dix-neuvième siècle, on ne peut donc pas s'attendre à ce que, dès le début, les glossateurs aient aperçu la vérité. Ils distinguent entre les statuts favorables et les statuts défavorables qu'ils appellent aussi odieux; les premiers étendent leur empire hors du territoire, les autres sont circonscrits dans les limites de l'Etat dont ils émanent (2). La distinction n'est pas juridique. D'abord rien de ce que fait le législateur ne doit être qualifié d'odieux; tout a sa raison d'être, même les lois qui paraissent défavorables. Et y eût-il des statuts odieux, qui donne à l'interprète le

(1) Bartolus, super Codice, *De summa Trinitate*, n° 42, fol. 8.
(2) Bartolus, super Codice, *De summa Trinitate*, n° 26, fol. 6. Decius, super Dig., *De jure om. jud.*, L. *Extra territorium*, n° 13, fol. 40 verso.

oit de les frapper de réprobation et de leur refuser le
ractère qu'elles tiennent de leur nature? S'ils sont
ersonnels, ils doivent suivre la personne, fussent-ils
dieux, à moins qu'il n'y ait un autre principe qui s'y
ppose. La distinction des glossateurs présente une
utre difficulté, que l'on peut dire insoluble. Comment
avoir si un statut est favorable ou non? D'ordinaire
uand il est favorable à l'un, il est défavorable à l'autre,
t les statuts les plus odieux, les priviléges, ont pré-
isément pour objet d'accorder des faveurs à certaines
ersonnes. Est-ce la faveur ou la défaveur qui l'em-
portera? La décision sera nécessairement arbitraire, car
lle dépendra de l'appréciation individuelle de l'inter-
prète.

Il y a des statuts sur lesquels les glossateurs sont
l'accord. Les statuts de l'incapacité des mineurs, des
emmes mariées, des prodigues, sont favorables, par-
ant ils s'étendent hors du territoire. On pourrait dire
ue l'incapacité est défavorable, parce qu'elle place les
ncapables dans une situation d'infériorité; en réalité,
ela tient à leur état, et c'est pour les protéger que
a loi les frappe d'incapacité légale; or, une loi de
protection est certainement favorable. Du reste, la dis-
tinction des statuts favorables et odieux n'était pas né-
cessaire pour étendre les statuts qui règlent l'état et la
capacité ou l'incapacité qui en résultent. Ce sont là des
statuts essentiellement personnels, donc par leur nature
ils suivent la personne hors du territoire, partout où elle
se trouve, et ils s'étendent aux biens, quelle que soit leur
situation.

Quand il s'agit de statuts défavorables, les glossateurs
ne s'entendent plus. Balde considère comme telle la légi-
timation d'un enfant naturel par rescrit du prince. Au
premier abord, on a de la peine à comprendre ce qu'il y a
d'odieux dans un statut qui assure à l'enfant un état et, par
suite, des droits dans la société civile. C'est que nos sen-
timents ne sont plus ceux de la tradition; jadis l'opinion
publique flétrissait les bâtards : « Mauvais soldats,
lisait-on, mauvais chrétiens, odieux à Dieu et aux

hommes (1). » Quelle iniquité! N'est-ce pas précisém
parce que les malheureux enfants n'avaient aucun é
dans la société, aucun appui, aucune protection, qu'ils
mettaient hors de la loi morale, comme on les mettait h
de la loi civile? Napoléon avait raison de dire que
société n'était pas intéressée à ce qu'il y eût des bâtar
Loin d'être odieuse, la légitimation est favorable, com
le disaient d'autres glossateurs (2); elle assure l'état
l'enfant, et c'est son droit avant tout qui doit être pris
considération.

Bartole enseigne que le statut qui exclut les femme
la succession est odieux (3). Il a certes pour lui le cr
la nature ; cependant dans un état social basé sur l'a
tocratie, l'exclusion des femmes peut être défendue
point de vue politique. Balde nie que le statut soit odie
il est mêlé de faveur et de défaveur, dit-il (4). Si
femmes sont exclues, ce n'est point parce que le légi
teur entend leur témoigner une défaveur quelconque
ne veut pas même favoriser les mâles ; c'est la const
tion de la société qu'il a en vue, en favorisant la pe
tuité de l'aristocratie. Les personnes disparaissent d
cet ordre d'idées ; si les unes sont privilégiées et les au
lésées, c'est une conséquence du régime politique.

Même dissentiment quant au statut qui défend à
femme de faire une libéralité à son mari. Le statut s'ét
hors du territoire, dit Bartole, parce qu'il est favora
il garantit, en effet, la femme contre sa faiblesse et co
les obsessions intéressées du mari. Non, dit Balde
statut est défavorable, car il enlève à la femme la libre
position de ses biens (5). Je reviendrai sur ces questi

219. La distinction des statuts favorables et odi
passa dans la pratique ; nous la retrouverons chez

(1) Baldus, *De statutis*, v° *Spurius*, n°s 3 et 4. (*Oceanus juris*,
fol. 147.)
(2) Ant. de Rosellis, *Tractatus de legitimatione*, II, 24 (dans l'*Oce*
juris).
(3) Bartolus, super Codice, *De summa Trinitate*, n° 32, fol. 7.
(4) Baldus, super prima Codicis, *De summa Trinitate*, L. *Cunctos p*
los, n° 19, fol. 7, verso.
(5) Voyez les témoignages cités dans les notes 3 et 4 ci-dessus.

ites statutaires; c'était à peu près la seule barrière pût arrêter l'envahissement des statuts personnels, dans la doctrine des glossateurs, toutes les lois auraient par être personnelles. Ils sentaient d'instinct qu'il y it des lois qui, par leur nature, sont réelles, en ce qu'elles ne peuvent pas recevoir d'application hors territoire, et que, dans chaque Etat, toute personne y être assujettie, les étrangers aussi bien que les indi-nes. Mais les légistes italiens formulèrent mal leur sée. Ce n'est pas dans le caractère favorable ou eux des statuts qu'il fallait chercher le fondement de la lité, c'est dans l'intérêt de conservation de l'Etat. Cet érêt est un droit et le droit suprême, puisque l'Etat est garantie de tous les droits individuels; son droit do-e donc celui de toutes les personnes étrangères et igènes. En ce sens, les statuts qui règlent les droits la société sont réels.

N° 4. DES STATUTS PERSONNELS.

220. Dans l'Europe féodale, on ne savait ce que tait qu'un statut personnel; la personne était absorbée r le sol; tout devenait réel, même l'air que l'homme spire; de sorte que dans telle baronnie l'*air rendait rf*, et dans telle autre l'*air rendait libre* (1). En ce s, on disait que toute coutume est réelle. Il est pro-ble que les glossateurs commencèrent par enseigner réalité des statuts. Leurs écrits en portent des traces; y lit que le statut ne dépasse pas les limites du rritoire, sans distinction entre les diverses espèces statuts (2). Plus tard, on limita l'adage féodal au atut réel en disant que ce statut n'est pas applicable x biens situés hors du territoire (3), mais le statut git toutes les choses comprises dans le territoire,

(1) Ce sont deux proverbes allemands : *Die Luft macht eigen, Die Luft acht frei.*
(2) Christinæus, *Decisiones*, t. II, p. 5 (Decis. III, n° 33).
(3) *Oceanus juris*, t. VIII, fol. 175, n° 2 (J. Le Cirier, *De primogenitura*, l, 7).

quand même elles appartiendraient à un étranger (1).

Admettre des statuts personnels, c'était toute une révolution : la personne que la féodalité subordonnait à la terre reprenait ses droits. Il parut aux glossateurs que tout se rapportait à la personne (n° 214) ; de là leur tendance à personnaliser tous les statuts. Ce n'était pas système préconçu, car il y avait controverse sur presque tous les points, comme je le dirai plus loin. Il est même difficile de formuler des principes généraux sur les statuts, d'après la doctrine des glossateurs, car ils procèdent par exemples plutôt que par règles. Le statut personnel a deux faces. D'abord il suit l'indigène hors du territoire, partout où il se trouve : tel est le statut de la minorité et de la majorité. D'un autre côté, le statut personnel n'est pas applicable à l'étranger, puisqu'il a lui-même son statut. Cette doctrine soulève une première question, et c'est la plus importante : quelle est la raison de la personnalité des statuts? Pourquoi chaque personne a-t-elle son statut? On ne trouve pas de réponse à cette question chez les glossateurs. Ils n'ont pas l'esprit philosophique; commentateurs par excellence, ils se fondent toujours sur des textes; c'est presque leur unique argumentation. Il est inutile d'entrer dans ce débat, puisqu'il est certain que les glossateurs se trompaient dans l'interprétation des textes : ils cherchaient des statuts personnels dans des lois qui ignorent la personnalité des statuts. Je dois me borner aux questions pratiques que les glossateurs discutent.

221. Il y a un statut sur la personnalité duquel tous les glossateurs sont d'accord, le statut qui déclare incapables certaines personnes, telles que les femmes mariées, les mineurs, les prodigues. C'est peut-être ce statut qui a fait naître l'idée de la personnalité des lois. Une femme se marie; sitôt mariée, elle change de condition et d'état; elle tombe en la puissance de son mari, et elle lui est tellement soumise, qu'elle ne peut faire aucun acte valable

(1) Rochi Curtii, *De statutis*, sect. IX, n°s 13 et 20 (*Oceanus juris*, t. II, fol. 377 verso, et 378).

n consentement. Qu'importe où elle agit? N'est-partout femme mariée? Et dès qu'il est reconnu est mariée, son incapacité est également reconnue; -on qu'elle soit femme mariée dans un lieu et qu'on dère dans un autre comme femme non mariée? Si tractant hors du territoire, dans un lieu où les ne tombent pas sous puissance maritale, la femme s'affranchir de l'incapacité qui la frappe, il dé-t d'elle d'éluder la loi du mariage, et de changer un . est immuable, alors qu'elle-même a consenti à bordonnée en toutes choses à son mari. Il était ble d'admettre une pareille doctrine qui aurait tteinte au mariage lui-même (1).

les statuts d'incapacité ont une autre face. On t déjà du temps des glossateurs ce que les Anglo-ains disent aujourd'hui, l'intérêt des tiers qui con-; avec un incapable : comment peuvent-ils savoir nme avec laquelle ils traitent est mariée? Et s'ils nt, ils seront trompés. Les glossateurs trouvèrent onse à l'objection dans un texte romain où il est chacun doit s'enquérir de la condition de celui quel il contracte. La raison n'est pas décisive, et ne les glossateurs ajoutent l'est encore moins. Le est nul, disent-ils, à l'égard de l'incapable; dès e peut valoir à l'égard de l'autre partie (2). C'est une de principe, car il s'agit précisément de savoir ntrat est nul à raison d'une incapacité que le tiers connue; puis le contrat peut être valable à l'égard e des parties et nul à l'égard de l'autre. Le droit l'intérêt, telle est la seule réponse que l'on puisse l'objection.

:. Si le statut personnel suit l'indigène partout où ouve, il en doit être de même du statut de l'étran-ne peut être ni habilité ni inhabilité par la loi ère (3). Le statut de Modène permettait au pupille

yez les témoignages de tous les auteurs dans Froland, *Mémoires atuts*, t. I, p. 112, 113.

chi Curtii, *De statutis*, sect. IX, n° 26 (*Oceanus juris*, t. II, erso).

ldus, super Codice, *De summa Trinitate*, n° 13, fol. 7, col. 1.

de contracter à l'âge de quatorze ans. Ce statut, dit Paul de Castre, ne peut être invoqué par le pupille de Bologne qui viendrait contracter à Modène. Pourquoi? Les glossateurs se contentent de répondre : Parce que le statut est personnel et que la personne ne peut être gouvernée que par la loi de son domicile (1). Notre question revient : Pourquoi la personne ne peut-elle pas être régie par la loi du pays où elle contracte? C'est demander pourquoi les statuts sont personnels. Les glossateurs ne répondent pas, ou leurs réponses sont insuffisantes; j'y reviendrai dans la suite de ces Etudes.

Du principe que la loi personnelle ne régit point l'étranger, les glossateurs tirent une conséquence qui nous intéresse encore au dix-neuvième siècle. Les clercs sont-ils soumis à la loi laïque et en peuvent-ils profiter? Ils n'y sont pas soumis, dit un glossateur, parce qu'ils ne sont pas sujets de l'Etat où ils ont leur domicile (2); en effet, ils sont sujets du pape, lequel peut leur commander en toutes choses; or, ils ne peuvent être sujets de deux souverains. C'est très bien raisonner. Mais la question a une autre face; il est de principe que celui qui n'est pas obligé par un statut n'en profite pas non plus. Si les clercs ne sont pas soumis à la loi laïque, de quel droit s'en prévaudraient-ils pour exercer des droits politiques? Un étranger peut-il faire acte de souveraineté? Que les clercs réguliers et séculiers aillent voter à Rome, leur patrie, rien de plus logique, mais par cela même ils sont radicalement incapables d'être électeurs en Belgique et en France.

223. Le statut personnel soulève une question plus sérieuse. Il suit la personne partout, mais ne concerne-t-il que la personne, ou s'applique-t-il également aux biens? Toute loi, quelque personnelle qu'elle soit, est aussi relative aux biens. Le statut de minorité est personnel par excellence. Et pourquoi la loi déclare-t-elle les mineurs incapables? Elle veut les protéger contre la faiblesse

(1) Voyez les témoignages dans les *Mémoires* de Froland, t. I, p. 159—
(2) Le Cirier, *De primogenitura* (*Oceanus juris*, t. VIII, fol. 178, n° —

nexpérience de leur âge. Cela suppose que par leurs ctes ils compromettent leur intérêt, et l'intérêt ne conerne que les biens. Il n'y a point de doute quant aux iens situés dans le territoire du statut : le mineur n'en eut pas plus disposer hors du territoire que dans le territoire. Cela serait vrai quand même il n'y aurait point de tatut personnel; la loi, en tout cas, régit les biens situés lans son territoire; si ces biens appartiennent à un incapable, celui-ci ne peut pas violer la loi territoriale qui lui léfend d'en disposer. Mais que faut-il décider des biens qui sont situés hors du territoire? Cette question a donné lieu à une vive controverse; je l'exposerai ailleurs. Pour le moment, il ne s'agit que de la doctrine des glossateurs. L'esprit qui les anime permettait à peine un doute, aussi ne discutent-ils pas la question; ils décident que le statut de minorité, quoique personnel, s'étend aux biens par voie de conséquence; à leur point de vue, ils pouvaient dire que le statut est personnel, alors même qu'on l'applique aux biens; en effet, c'est à raison des biens que le mineur est déclaré incapable; son incapacité consiste à ne pouvoir disposer des biens, et puisqu'il est partout incapable, il s'ensuit qu'il ne peut disposer nulle part. Par contre, le majeur peut disposer partout, là même où, d'après le statut territorial, il serait encore mineur.

Toutefois, il faut l'avouer, cette décision ne se concilie guère avec la doctrine de la réalité des statuts. Sous l'empire du droit féodal, on ne l'aurait pas comprise, et même dans la théorie traditionnelle des statuts, il est difficile de la justifier (1). Vainement dit-on que le statut concernant principalement la personne peut s'étendre accessoirement aux biens situés hors du territoire (2); toujours est-il qu'un bien est régi par une loi étrangère, ce qui est en opposition avec la réalité du statut. L'inconséquence témoigne pour les glossateurs. Ils étaient dans le vrai en dépassant le statut réel; la minorité, avec toutes ses suites, forme un statut essentiellement personnel. Qu'im-

(1) Bartole paraît être d'un avis contraire (Super Codice, *De summa Trinitate*, fol. 7, col. 1, n° 13).
(2) C'est le raisonnement de Décius en ses *Conseils* (*Consil.*, t. V, 207

porte qu'il s'étende sur des biens situés sur un autre ter-
toire? La souveraineté locale n'en reçoit aucune attein
car le statut de minorité n'a rien de commun avec la s
veraineté. Dumoulin se prononça pour l'opinion des gl
sateurs (1); lui aussi avait une tendance à personnali
les lois. Nous entendrons plus loin les objections des r
listes belges.

224. Quelles sont les incapacités qui forment un st
personnel? Il y a là-dessus de grandes controverses pa
les auteurs modernes : ils distinguent entre les incap
tés générales et les incapacités particulières; cette disti
tion, admise par les uns, est vivement combattue par
autres. Les glossateurs, d'après leur habitude, ne
cutent pas la question en termes généraux, et ils n
prévu que quelques espèces particulières sur lesquelle
reviendrai en traitant de la lutte entre la personnalit
la réalité. Il se présente une autre difficulté. Les inca
cités générales ne sont pas toutes de même nature; ce
que l'on cite d'ordinaire sont établies dans l'intérêt
incapables ou de la famille : telle est l'incapacité des
neurs, des femmes mariées, des interdits, des prodi
et des faibles d'esprit. Il y a une autre incapacité qu
prononcée par le juge à titre de peine. Au moyen
cette incapacité était très fréquente; on assimilai
excommuniés aux déportés, ils étaient frappés de
civile, c'est-à-dire de l'incapacité la plus absolue, e
sait que l'Eglise prodiguait singulièrement ses fou
Parfois des cités entières étaient excommuniées; dan
circonstances, l'incapacité devenait dérisoire; par
même qu'elle était universelle, elle était d'une applic
impossible; les bourgeois excommuniés faisaient co
le renard dans la célèbre épopée, ils se moquaient
sentence qui les frappait, et c'était nécessité, car
l'avait prise au sérieux, la vie se serait arrêtée, des r
ne pouvant pas contracter les moindres conventions
vie civile. En droit, toutefois, c'était là l'effet de l'ex

(1) Il en est de même des statutaires français. Voyez Boullenois.
des statuts, t. I, p. 172-174. Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, p

munication; les légistes l'aggravèrent encore en enseignant que le statut de l'Eglise était personnel et que l'infamie qui en résultait s'attachait au condamné comme la lèpre au lépreux; d'autres disaient qu'elle s'incorporait aux os (1). Les glossateurs étendaient à l'excommunication ce que les jurisconsultes romains disaient de la *maxima capitis diminutio;* elle entraînait un changement d'état; de capable, l'excommunié devenait incapable; c'est cette incapacité radicale que les légistes italiens comparent à la lèpre. Cela est déjà contestable, quand l'infamie résulte d'un jugement véritable rendu, par un tribunal laïque, pour un crime. Que dire des sentences d'excommunication portées sans qu'il y eût l'ombre d'un délit, et qui n'avaient d'autre objet que de venger et de fortifier l'autorité de l'Eglise? Ici les glossateurs auraient dû s'insurger contre une autorité qui n'était qu'une usurpation. Au seizième siècle, les jurisconsultes ne manquèrent point de combattre des prétentions dont ils étaient les adversaires-nés; mais au moyen âge, la superstition aveuglait l'intelligence, et la terreur abaissait les esprits. Je n'ai pas trouvé chez les glossateurs une seule protestation contre la lèpre ecclésiastique : la vraie lèpre, c'était l'ambition effrénée de l'Eglise.

225. Le statut qui régit les conventions paraît personnel de sa nature, puisque c'est la personne qui y joue le grand rôle. A vrai dire, si la loi intervient, ce n'est pas pour commander, puisque la souveraineté est hors de cause; là où il n'y a que des intérêts particuliers, comme en matière de contrats, le législateur ne fait que prévoir ce que les parties veulent, et il leur permet de vouloir autre chose que ce qu'il a présumé être leur volonté. Cependant, dans la doctrine féodale, les conventions étaient régies par la coutume réelle, aussi bien que tous les actes juridiques. La doctrine traditionnelle n'était pas tout à fait abandonnée du temps des glossateurs; on disait que chacun est tenu de suivre la coutume de ceux au milieu des-

(1) Bartolus, super prima Codicis, fol. 8 verso, n° 50; *Id., De hæreticis et manich.*, fol. 31 verso, n° 1. *Oceanus juris*, fol 80, ante num. 2 : « Infamia est macula ossibus inhærens. »

quels il vit, et l'on en concluait que les étrangers étaient liés par la coutume du lieu où ils contractaient, quand même ils l'ignoraient. Cela était logique dans le système de la réalité des coutumes, mais la conséquence témoignait contre le principe. Les glossateurs ne reproduisent ces objections que pour les combattre, mais ils ne les combattent pas toujours au nom de principes rationnels. Les coutumes, disent-ils, ne s'appliquent pas aux étrangers, parce qu'elles n'ont qu'une autorité locale (1). Les réalistes ne pouvaient-ils pas répondre que cette autorité était toute-puissante, et que tous ceux qui sont sur un territoire sont soumis à la loi territoriale?

Les glossateurs admettaient tous la personnalité du statut qui régit les conventions, mais ils ne s'accordaient pas sur l'application du principe; les uns voulaient que l'on eût égard au statut du lieu où la convention se forme, les autres préféraient le statut du lieu où doit se faire le payement. Ces derniers alléguaient une singulière raison, c'est qu'en cas de conflit des statuts du créancier, du débiteur et du juge, le contrat est censé fait là où le débiteur doit payer (2). C'était une fiction basée sur une présomption; or, qui donne à l'interprète le droit de créer des fictions et d'établir des présomptions? Bartole distingue. En principe, on suit le statut du lieu où le contrat se fait; on n'a égard au lieu du payement que lorsqu'il s'agit de la demeure, car c'est à ce lieu que le débiteur est en demeure (3). Pourquoi les glossateurs s'attachent-ils à la loi du contrat? Ils confondaient la compétence et le statut, bien que ces deux ordres d'idées n'aient rien de commun; la compétence est régie par d'autres principes que le statut; quel que soit le tribunal compétent, il doit décider la contestation d'après la nature de l'affaire qui lui est soumise, donc d'après le statut personnel des parties quand il s'agit de conventions. Quel est ce

(1) Rochi Curtii, *De statutis*, sect. IX, n° 1 (*Oceanus juris*, fol. 376 verso, et fol. 377, col. 1).

(2) Albericus de Rosate, *De statutis*, II, 7, nos 1-3 (*Oceanus juris*, t. II, fol. 31). Ancharanus, *Quæstiones*, III, 63, nos 9-12 (fol. 182 verso, et 183).

(3) Bartolus, super Codice, *De summa Trinitate*, nos 16 et 18, fol. 5.

:? Il est déterminé régulièrement par le domicile des
es : telle était du moins la doctrine universelle dans
en droit. En matière de conventions, on s'en écar-
sans doute, parce que le créancier et le débiteur ont
nt des domiciles différents. Si l'on s'en rapportait au
le la convention, c'est que les parties étaient présu-
traiter d'après le statut du lieu où le contrat se pas-
). Encore une présomption! Les glossateurs auraient
x fait de s'en tenir au principe très juste qu'ils avaient
; la volonté des parties fait leur loi, et elle domine
les contrats; c'est donc la volonté des parties qu'il
consulter. Or, c'est là une question de fait sur laquelle
i n'a rien à statuer, puisque la volonté peut varier
convention à l'autre. En définitive, les conventions
régies, non par un statut ou une loi, mais par la vo-
des parties qui leur tient lieu de loi. Dumoulin s'est
uré de ce principe, et l'a admirablement développé.
eviendrai dans la suite de cet essai historique.

N° 5. DES STATUTS RÉELS.

26. Les statuts réels forment la grande difficulté de
science. Au moyen âge, on posait en principe que
statut est réel. La souveraineté étant territoriale, le
toire absorbait tout; les personnes étaient soumises à
utume locale, et il en devait être de même, à plus
raison, des biens. Les glossateurs maintinrent le
ipe de la réalité pour les immeubles, ils le rejetèrent
les meubles. C'était un adage que les meubles sui-
nt le statut de la personne. Tous les glossateurs
nt d'accord sur le principe (2), bien que dans l'appli-
n il y eût des dissentiments, notamment en matière
uccession. Je reviendrai ailleurs sur cette importante
tion. Ce qu'il y a de plus important, c'est de préciser
notifs pour lesquels on faisait une distinction entre les

Comparez Boullenois, et les témoignages qu'il cite (*Traité des sta-*
t. II, p. 455-458).
Voyez les témoignages dans Christinæus, *Decisiones*, t. II (Decis. V,

meubles et les immeubles. Sur ce point, nous n'avons pas de réponse satisfaisante.

On donnait ordinairement pour raison que les meubles servent à l'usage de la personne, ce qui n'est vrai que des meubles meublants. Est-ce que les marchandises servent aux personnes, comme un fauteuil ou une table? Est-ce que les droits se transportent d'un lieu à un autre avec la personne qui change de résidence? On fit droit à l'objection en donnant une formule plus générale à l'argument : « Les meubles, disait-on, *in usum familiæ comparata sunt* (1). » En généralisant, on tombait dans un autre écueil. Est-ce que toute espèce de biens ne servent pas aux besoins des familles, les immeubles aussi bien que les meubles? Telle est certainement la destination des choses, toutes ont été créées pour l'homme; les glossateurs le disaient, et ils en induisaient que les statuts personnels étaient la règle. Si l'on s'en tient à la raison que l'on donnait pour conclure que le statut des meubles est personnel, il fallait dire plus, c'est que les statuts concernant les immeubles sont aussi personnels : est-ce que par hasard les maisons ne sont pas nécessaires aux familles au même titre que les meubles qui s'y trouvent?

On donne encore une autre raison du principe, et celle-là paraît toute contraire. Le statut des meubles n'est pas personnel, dit-on, il est réel. En effet, les meubles ont une assiette aussi bien que les immeubles; seulement cette assiette n'est pas fixe et immuable comme celle des immeubles, mais qu'importe? Il n'en est pas moins vrai qu'ils se trouvent dans un lieu déterminé, ils y sont attachés, tant que le propriétaire y habite. Et n'est-ce pas ordinairement un seul et même lieu? Les hommes changent-ils d'habitation tous les huit jours? Et quand même ils changent de maison, ils conservent presque toujours leur domicile, ainsi que leur statut. Donc les meubles sont régis par la loi du lieu où ils se trouvent.

Pour concilier ces opinions contraires, on a dit que les meubles ont une assiette présumée, celle du domicile du

(1) Boullenois, *Traité des statuts*, t. I, p. 338.

riétaire. En effet, le propriétaire laisse les meubles là a son principal établissement, pour s'en servir s'il y u. Ils sont donc toujours censés être à ce domicile, id même le propriétaire n'y serait point (1).
›s explications, plus ou moins contradictoires, ne té- ;nent pas pour le principe : elles ne pénètrent pas au des choses. Pourquoi y a-t-il des statuts réels? t-ce pas parce que la souveraineté doit s'étendre à ce qui se trouve sur son territoire, hommes et es? S'il en est ainsi, le statut des meubles est réel, i bien que le statut des immeubles. Mais est-il vrai la souveraineté serait compromise si les biens qui se vent sur un territoire étaient régis par une loi étran- ? La souveraineté a affaire aux personnes, et aux es seulement en tant qu'elles appartiennent aux per- .es. Il faut donc laisser les biens de côté quand il .t de déterminer la nature des statuts. L'existence de ›uveraineté est-elle en cause, le statut sera réel, quand ıe il porterait sur les personnes. La souveraineté t-elle pas en cause, le statut ne sera pas réel, quand ıe il porterait sur les biens.
.e statut des meubles donne encore lieu à d'autres dif- ıtés : s'applique-t-il à tous les objets mobiliers? Salicet rès bien qu'il y a des meubles de différente espèce et l serait souverainement illogique d'appliquer à tous un . et même statut. Quand le propriétaire attache des ıbles à un fonds, pour le service de ce fonds ou à per- ıelle demeure, ces objets deviennent immeubles, et -t-on des immeubles qu'ils suivent la loi de la per- ıe? Ce serait renverser la théorie traditionnelle des ıts. Il y a ensuite des meubles qui sont tels par fiction, ont les droits et les actions : dira-t-on d'une créance lle a une assiette fixe ou qu'elle est présumée en avoir ? Ce serait matérialiser le droit. Il y a donc bien des nctions à faire; je les ferai dans la partie dogmatique ıes Etudes; cette esquisse historique doit se renfermer les principes pour ne pas faire double emploi.

Voyez les témoignages dans Boullenois, t. I, pp. 338-340.

227. Nous considérons aujourd'hui comme réels les statuts qui concernent l'intérêt public, quand cet intérêt touche à la conservation de l'Etat. Il y a des statuts relatifs à la police : tel est celui qui fixe la hauteur des constructions; c'est une question de sûreté publique, et il est d'évidence que les étrangers doivent observer les lois qui assurent la vie des personnes. Sur ce point, il ne saurait y avoir de doute (1). Les glossateurs agitent une autre question qui, à première vue, paraît singulière : le statut pénal oblige-t-il l'étranger? Il y avait controverse. Pour la négative, on disait que le législateur n'a pas de pouvoir sur les étrangers et que ceux-ci peuvent ignorer l'existence du statut. L'opinion contraire était plus généralement suivie (2), et l'on conçoit à peine quelle fût contestée. Dire que le législateur n'a pas de pouvoir sur l'étranger est un non-sens quand il s'agit de lois pénales, et l'existence de la société étant en cause, peu importe que les étrangers connaissent les statuts ou non. Pour s'expliquer cette étrange controverse, il faut supposer que le statut prévoit des contraventions qui sont d'un intérêt purement local. Quant aux délits et aux crimes proprement dits contre les personnes et les choses, les lois qui les punissent n'ont rien d'arbitraire, sauf la peine, qui peut varier; ce qui n'empêche pas l'étranger de la subir, quand même il aurait ignoré la loi qui vient le frapper.

Là n'est pas la vraie difficulté en ce qui concerne les statuts réputés réels à raison de l'intérêt général qui y est engagé. Il y a aussi un ordre public en matière civile : quand l'intérêt que la société y a est-il assez puissant pour que le statut oblige l'étranger, sans qu'il y ait à distinguer si le statut est relatif aux biens ou à la personne? C'est la grande difficulté que présente la science du droit international privé, et c'est aussi le côté faible de la doctrine des glossateurs. Ils ont une tendance à personnaliser tous les statuts, néanmoins ils admettent des statuts réels. Pourquoi? Les glossateurs n'invoquent ni le droit n

(1) Aretinus, d'après Bartole, super Codice, fol. 4 verso.
(2) Albericus a Rosate, *De statutis*, II, qu. 1 (*Oceanus juris*, t. II, fol. 2 verso).

l'intérêt de l'Etat; ce qu'ils disent du statut pénal peut même faire croire qu'ils ne se rendaient pas compte de l'ordre public qui donne à l'Etat le droit d'assujettir les étrangers à ses prescriptions, ou de ne pas souffrir l'application d'une loi étrangère. La raison en est peut-être dans la situation équivoque des cités italiennes. Etaient-elles souveraines, ne l'étaient-elles pas? On ne le savait. De droit, elles faisaient partie de l'empire; c'est donc l'empereur qui aurait dû sauvegarder les intérêts généraux. Mais, en fait, depuis la chute des Hohenstaufen, l'autorité de l'empire était nominale. Dans cet étrange état de choses, on peut dire qu'il n'y avait pas d'Etat, du moins pas d'organe certain des intérêts généraux de la société. Cela explique le silence des glossateurs et ce que leur théorie a d'imparfait. Il en était de même, pour d'autres motifs, dans l'Europe féodale. On y suivait comme maxime que chaque baron était roi dans sa baronnie; mais ces rois étaient en même temps dans la dépendance d'un suzerain; les vassaux étaient si peu souverains qu'on les a comparés à des serfs. Où résidait donc la souveraineté? On ne le sait. L'idée même de souveraineté était faussée par la confusion de la puissance souveraine avec la propriété : c'était rapetisser la souveraineté en la considérant comme une chose d'intérêt privé. En définitive, le moyen âge ne comprenait pas la souveraineté, ni les intérêts généraux de la société. C'est la raison pour laquelle les jurisconsultes qui vivaient dans cet ordre d'idées ne s'élevèrent point à la vraie théorie de l'Etat et de ses droits.

N° 6. DU STATUT DES FORMES.

228. Les glossateurs s'occupent beaucoup du statut qui régit la forme des actes, mais leur doctrine à cet égard est assez confuse. On trouve chez eux le principe qui est aujourd'hui généralement admis : *Locus regit actum*. Pour déterminer la portée et les limites de cette maxime, il faut avant tout préciser ce que l'on entend par acte. Aujourd'hui le mot *acte*, dans l'adage traditionnel,

est synonyme d'*écrit* : c'est l'écrit par lequel est constaté le fait juridique qu'il s'agit de prouver en justice. Il y a des formalités prescrites pour la validité des actes; elles varient d'un pays à un autre, parce qu'elles dépendent de l'état moral, politique, social des diverses nations. On les appelle formes extrinsèques ou instrumentaires; elles ont pour objet d'assurer que l'écrit est l'expression de la vraie volonté de celui qui y figure, et l'on suppose que le législateur de chaque pays a établi les formes qui, dans l'état des mœurs, sont les plus propres à atteindre ce but. Si l'acte est conforme aux lois du pays où il est reçu, il est valable, parce qu'on présume qu'il exprime la pensée des parties; s'il n'est pas conforme à ces lois, il est nul, parce qu'on présume qu'il n'exprime pas cette pensée. Tel est, dans notre droit moderne, le sens de l'adage : *Locus regit actum*.

On admet, en second lieu, des formalités *intrinsèques*, et l'on entend par là les conditions requises pour la validité de l'acte en prenant le mot *acte* comme synonyme de fait juridique. L'expression n'est pas exacte et elle prête à confusion. Le formes de l'acte concernent la preuve; elles n'ont rien de commun avec la validité ou l'existence du fait juridique; l'écrit qui le constate peut être valable et le fait juridique peut être nul; de même ce fait peut être valable, bien que l'écrit soit nul. L'adage *Locus regit actum* est étranger à ce que l'on appelle improprement formes *intrinsèques*.

Il y a encore des formes *habilitantes*, que la loi prescrit dans l'intérêt des incapables : telle est, en droit français, l'autorisation maritale requise pour rendre la femme habile à agir : telles sont encore l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, nécessaires pour la validité de certains actes qui concernent les mineurs. Ces formalités diffèrent essentiellement des formes instrumentaires; elles n'ont pas pour objet d'assurer la libre expression de la volonté des parties, elles sont établies pour sauvegarder les intérêts des incapables; elles tiennent donc à l'état des personnes.

Je laisse de côté les formes requises pour la transmi

n des droits réels, tels que les œuvres de loi dans les tumes de nantissement. Les glossateurs ne s'en occu-t pas, sans doute parce qu'ils les ignorent. Ils ne naissaient que le droit romain, d'après lequel la trans-ssion des droits réels était occulte.

D'après ces distinctions, il est facile de déterminer la ture des statuts qui règlent les formes. Les formes trumentaires sont locales de leur essence, en ce sens le statut qui les régit est territorial ou réel. Les mes intrinsèques tiennent à la substance de la conven-n, donc elles sont réglées par la loi de la convention. les qui regardent l'incapacité des parties contractantes t personnelles.

229. La doctrine des glossateurs en cette matière est s confuse. Ils formulent l'adage dans les termes les s absolus, et le motif qu'ils en donnent est tout aussi solu. Ecoutons Paul de Castre : « *Statutum afficit us celebratos in loco statuentium, quia dicuntur ibi ri et nasci.* » Rochius Curtius s'exprime également en mes généraux. « L'acte, dit-il, est régi par les lois du u, parce que l'étranger est censé s'y soumettre (1). » tte dernière maxime, prise au pied de la lettre, nous nènerait au réalisme féodal : la personne devient une pendance du territoire, elle est en tout soumise à l'em-e du statut local ; partant il n'y aurait plus de statut per-nnel. La théorie de Paul de Castre dépasse également formes instrumentaires ; elle embrasse tout l'acte, ses nditions intrinsèques et même la capacité et l'incapa-é, ce qui tend de nouveau à réaliser les statuts, tandis e les glossateurs avaient une prédilection pour la per-nnalité. Ils confondent les divers éléments des faits ridiques. Il fallait distinguer d'abord l'écrit de la conven-n. Cette distinction soulevait une difficulté très grave : a-t-il des cas dans lesquels la solennité est de la sub-nce du fait juridique? En droit moderne, on admet des tes solennels, dont l'existence dépend de l'observation

(1) Paulus Castrensis, *Consilia* (Cons. XIII). Rochi Curtii, *De statutis*, . IX, n° 1 (*Oceanus juris*, t. II, fol. 377, col. 1).

des formes. Il n'y a pas de trace de cette distinction chez les glossateurs ; je la laisse de côté pour m'en tenir aux formes instrumentaires. Que ces formes soient régies par la loi du lieu, cela est d'évidence (1) ; mais il eût fallu définir ces formes et donner le vrai motif du principe, afin d'éviter la confusion ; les glossateurs ne le font pas, parce qu'eux-mêmes confondaient les divers ordres d'idées. La seule raison plausible que je trouve dans leurs écrits est celle que donne Bartole, c'est que les formalités sont une question de juridiction (2), ce qui veut dire peut-être que le législateur les établit suivant les exigences des lieux ; voilà pourquoi, dit le légiste italien, ces formes varient d'un lieu à un autre. Mais quelles sont ces nécessités locales qui font varier les statuts ? On ne le sait ; il est probable que les glossateurs ne s'en rendaient pas compte et que de là vient la confusion où ils sont tombés. Ainsi Balde considère le nombre des témoins comme étant de la substance de l'acte (3) ; cela serait vrai s'il s'agissait d'un acte solennel, mais le glossateur ne fait pas cette distinction ; on ne sait pas même s'il parle des formes instrumentaires ou des formes intrinsèques ; toujours est-il que, dans toute hypothèse, le nombre des témoins n'est pas de la substance de l'acte, et bien moins encore de la convention quand il s'agit d'une convention non solennelle.

230. Les conditions intrinsèques ne sont pas des formalités ; toutefois les glossateurs les comprennent dans le statut du lieu où le contrat se fait, de sorte que le même statut règle la forme de l'écrit et la substance du contrat. Ici la confusion est complète. En voici un exemple. Le statut du lieu où le contrat se passe ne permet pas au mineur de demander la restitution, tandis que, selon le statut du lieu où le jugement se rend, le mineur peut être restitué. Quel statut le juge appliquera-t-il ? Bartole et Balde répondent : Le statut du lieu de la convention. La

(1) Baldus, *De statutis*, v° *Territorium*, n° 1 (*Oceanus juris*, t. II) Bartolus super Codice, *De summa Trinitate*, n° 14, (fol. 5).
(2) Bartolus, *ibid.*, n° 26 (fol. 6).
(3) Baldus, super prima Codicis, *De summa Trinitate*, n° 21, fol. 8.

stitution n'est-elle pas accordée à raison de l'incapacité, nc à raison de l'état du mineur? Ce n'est donc pas le u du contrat qu'il faut considérer, c'est le statut du micile, le mineur étant incapable partout d'après son tut personnel. Le motif que Paul de Castre donne à ppui de son principe est également contestable. Est-il ai que le contrat naît là où intervient le concours de nsentement? Une convention a-t-elle un lieu de naisnce? C'est matérialiser le droit que de le faire dépendre s circonstances extérieures, physiques et toujours accintelles. Cependant le légiste italien a trouvé un partin illustre; Savigny s'est approprié la théorie qui donne e situation, un siége à l'obligation. A mon avis, c'est e erreur. Dumoulin a établi le vrai principe : en maære de conventions, tout dépend de la volonté des parties ntractantes, c'est donc leur intention qui décide. Le rme de cette doctrine se trouve chez les glossateurs, mme j'en ai déjà fait la remarque (n° 225). S'ils avaient océdé par principes, ils auraient abouti à la conséquence e Dumoulin en a tirée; mais telle n'est pas leur maère, ce sont des commentateurs, ils discutent des espèces mme font les praticiens, et de même que les avocats, ils aident pour le besoin de la cause.

231. Restent les formalités que l'on appelle habilintes. Comme elles ont pour objet d'habiliter un incable, il est si évident qu'elles tiennent à l'état des pernnes, que l'on est étonné de voir les glossateurs divisés, s uns décidant que c'est un statut personnel, les autres prononçant pour la réalité du statut. Balde établit les ais principes en cette matière; il est le plus rationnaliste s glossateurs. On ne doit pas, disait-il, s'attacher à corce de ce qui est écrit, il faut pénétrer jusqu'à la oelle de la raison; c'est en cela que consiste la science (1). ır la question des formes habilitantes, il dit : « Le stat qui défend à la femme de s'obliger sans le consentement et l'assistance de ses proches est un statut personnel,

(1) Baldus, *prima super Digesto veteri, De legibus et senatus-consultis, Scire leges*, fol. 9

analogue à celui en vertu duquel le mineur ne peut s'obliger sans son curateur; ces statuts s'appliquent partout, même là où le statut n'exige point le consentement des parents ou du curateur. En effet, pour ce qui regarde les femmes, le statut se fonde sur leur faiblesse, ce qui est une cause essentiellement personnelle et absolument étrangère aux biens. – Balde ajoute que le statut considère aussi l'intérêt des héritiers présomptifs de la femme (1). Ceci était un motif de douter pour ceux qui étaient attachés à la réalité des statuts; ils disaient que le statut qui tend à conserver les biens dans la famille est un statut réel. Non, car si ce n'était la faiblesse de la femme, elle aurait pu disposer de ses biens en faveur d'étrangers. Donc le statut est personnel, quand on pénètre dans la pensée de la loi. Balde a soin d'ajouter des motifs qui touchaient davantage les praticiens. Le statut est favorable, puisqu'il protége la femme contre sa faiblesse, donc on peut l'étendre; si on ne l'étendait pas hors du territoire, les parties l'éluderaient, et la loi ne serait qu'un jeu.

232. La forme des testaments donnait lieu à des difficultés particulières. D'abord on demandait si l'on devait appliquer aux testaments le principe *Locus regit actum*. Il y avait controverse sur le point de savoir si l'étranger pouvait tester valablement d'après le statut local. A Venise, un statut permettait de tester devant deux témoins, tandis que, d'après le droit commun, il en fallait sept. L'étranger, régi par le droit commun, pouvait-il, à Venise, tester d'après la coutume vénitienne? On admettait généralement l'affirmative, mais l'opinion contraire avait des partisans (2). Ce dissentiment étonne. Le testament n'est-il pas le plus favorable des actes, dans la doctrine romaine? et n'était-ce pas le rendre impossible parfois que de l'assujettir aux formes rigoureuses du droit commun? D'un autre côté, toutes les raisons que l'on allègue

(1) Baldus, *Consilia*, pars. V, c. LX, n° 1, fol. 14.
(2) Aretinus, *super Codice, De summa Trinitate*, fol. 4. Petri Ravennatis, *De statutis*, IV, n° 75 (*Oceanus juris*, t. II, fol. 388, verso). En sens contraire, Albericus de Rosate, *super Codice, De summa Trinitate*, n° [illegible], fol. 8.

en faveur de l'adage traditionnel reçoivent leur application aux testaments. Cela prouve combien la théorie des glossateurs est incertaine et hésitante. Ils avaient parfois recours à d'étranges arguments pour valider des testaments faits en dehors de toutes formes légales. Un testament est fait, hors de l'empire romain, devant deux témoins; cela suppose que le défunt a testé en pays d'infidèles, sans observer ni le droit commun, ni un statut local. Le droit romain, dit le glossateur, n'est pas applicable hors de l'empire; il ne cite pas de statut local, néanmoins il valide le testament en vertu du droit divin qui dit : *Quod in ore duorum vel trium, stat omne verbum* (1). Je doute que l'argumentation de Jacques de Saint-Georges trouve faveur aujourd'hui.

223. L'adage *Locus regit actum* est-il applicable à l'habilité ou l'inhabilité du testateur? Il est certain que le statut local ne peut pas habiliter l'étranger, puisqu'il s'agit de la capacité, laquelle est régie par le statut personnel. Si un statut porte que les Bolonais peuvent tester au-dessous de vingt-cinq ans, les étrangers n'en pourront pas profiter. Arétin le décide ainsi. Le même glossateur dit que si un statut défend à la femme de tester sans le consentement de ses proches, le testament qu'elle fera sous un autre statut qui n'exige pas le concours des proches sera nul. Sans doute, mais quelle est la raison de décider? Arétin répond que la femme ne peut pas faire fraude à la loi (2); cela est vrai, mais il fallait prouver avant tout que la loi oblige la femme hors du territoire, c'est-à-dire prouver que le statut est personnel. Cela était controversé. Encore au seizième siècle, on agitait la question de savoir si la capacité du statut personnel suffisait pour tester dans un lieu dont le statut exigeait une capacité différente. Celui qui teste est habile d'après son statut personnel; il ne l'est pas d'après le statut du lieu où il teste : le testament sera-t-il valable? Les avis étaient partagés. La doctrine se prononça pour la nécessité de l'ha-

(1) Jacobi de Sancto Georgio, *super secunda Codicis. Quemadmodum test.*, v° *Ut testamentum*, n° 2, fol. 123 verso.
(2) Aretinus, *super Codice*, L. *Cunctos populos*, fol. 4 verso et fol. 5.

bilité locale (1). Cette décision se comprend de la part des réalistes; mais les glossateurs et Dumoulin n'étaient-ils pas en contradiction avec leurs principes en exigeant une double habilité, celle de la personne et celle du lieu? Il n'y qu'un statut personnel, comme il n'y a qu'une personne. Pour justifier la décision, il faut aller jusqu'à dire que le statut de l'habilité est réel en matière de testaments, ce qui aboutirait à une conséquence absurde, à savoir qu'un même statut serait tout ensemble personnel et réel. Je reviendrai sur la controverse.

234. Le testament, valable en la forme, a-t-il effet partout? Nouvelle controverse. Le statut de Turin exige huit témoins pour la validité du testament; le statut d'Asti en exige dix. Le testament fait à Turin devant sept témoins aura-t-il effet sur les biens situés à Asti? Non, dit un glossateur; l'héritier institué aura les biens situés à Turin, tandis que les héritiers *ab intestat* prendront les biens situés à Asti (2). C'était l'avis de Balde. L'opinion commune donnait effet au testament sur tous les biens, quelle que fût leur situation (3). N'y a-t-il pas dans ces décisions une confusion d'idées? Un acte valable en la forme a effet partout, en ce sens qu'il a force probante. Autre est la question de savoir si les faits juridiques, convention ou testament, produiront leur effet sur les biens situés n'importe où? Cette difficulté n'a rien de commun avec la forme de l'écrit; elle reçoit sa solution par les principes qui régissent les conventions et testaments, considérés comme actes translatifs de propriété. Pour les conventions, il n'y a guère de doute, elles dépendent du droit des gens, et elles s'étendent sur tous les biens, quelle que soit leur situation. Il n'en est pas de même des testaments; ils dépendent du droit civil, il faut donc voir si le testateur jouit du droit civil; s'il n'en jouit pas, le testament, quoique valable en la forme, sera nul pour cause d'inca-

(1) Voyez les témoignages dans Christinæus, *Decisiones*, t. I (Decis. 282, p. 453).

(2) Jacobus de Sancto Georgio, *super prima Digesti veteris*, *De adoptionibus*, n° 43, fol. 5 verso.

(3) Aretinus, *super Codice*, L. *Cunctos populos*, fol. 4. Comparez Christinæus, *Decis.*, 282 (t. I, p. 453).

ıcité. Il en serait de même si l'héritier institué ne pouait recueillir les biens, soit pour incapacité, soit par un tatut prohibitif qui frappe les biens. Je reviendrai sur es questions.

235. Les détails dans lesquels je viens d'entrer sont plus que de l'histoire. Nous retrouverons dans la doctrine contemporaine les mêmes incertitudes, et j'ose ajouter, la même confusion, en ce qui concerne le sens et la portée de l'adage *Locus regit actum*. La tradition joue un grand rôle dans notre science, et il s'agit d'un principe traditionnel. C'est la raison pour laquelle je me suis arrêté à ses premières origines. Si la tradition est une grande force quand elle vient à l'appui des vrais principes, par contre, c'est une cause de faiblesse, quand ellemême s'est trompée. Il faut alors répudier le passé et ses inévitables erreurs. De cette manière, l'histoire éclaire toujours, tantôt en nous affermissant dans le chemin de la vérité, tantôt en nous signalant les erreurs dans lesquelles sont tombés ceux qui, les premiers, ont ouvert la voie.

N° 7. LUTTE DE LA PERSONNALITÉ ET DE LA RÉALITÉ.

236. Les glossateurs ont une tendance à personnaliser les statuts; s'ils procédaient par principes et par système, ils auraient fait des statuts personnels la règle et des statuts réels une rare exception. Mais il y avait un autre courant qui remontait à la tradition féodale et qui réalisait les lois en établissant comme règle que les coutumes sont réelles. A vrai dire, les glossateurs n'ont pas de théorie arrêtée, et ils ne pouvaient en avoir. Dès que l'on admet la distinction des statuts, il s'élève une lutte entre la réalité et la personnalité, car il n'y a pas de caractère qui les distingue d'une manière précise : tantôt c'est l'un des éléments qui l'emporte, tantôt c'est l'autre. Chez les glossateurs, c'est la personnalité qui domine. Sur les questions si vivement controversées dans la science du droit international privé, il y a toujours un glossateur qui tient la bonne opinion, celle du moins qui a prévalu. Je

citerai quelques-unes des questions les plus importantes. Les autres trouveront leur place dans la partie dogmatique de ces Etudes.

237. Quelle est la nature du statut qui établit la communauté entre époux? On s'accorde aujourd'hui à le considérer comme personnel et à lui donner effet sur tous les biens des époux, quelle que soit leur situation. A vrai dire, la communauté n'est pas un statut, c'est une convention, et les conventions ne sont pas limitées par le territoire. Cela est d'évidence quand les époux font un contrat de mariage ; le mot même que porte ce fait juridique prouve qu'il se fait par concours de consentement. Change-t-il de nature quand les époux ne dressent pas d'acte de leurs conventions matrimoniales? Ce que le code Napoléon appelle communauté légale n'est pas un régime que la loi impose aux époux ; elle leur laisse, au contraire, pleine liberté de faire telles stipulations qu'ils veulent; si les époux se marient sans faire de contrat, ils adoptent tacitement le régime de communauté, c'est donc toujours une communauté conventionnelle.

Jadis c'était une question très controversée et fameuse à raison du débat auquel elle donna lieu entre d'Argentré et Dumoulin. Des glossateurs célèbres, Jean André, que le pape Clément VI appela la lumière du monde, son maître Oldrade, et Pierre Ancharanus, enseignaient que la communauté formait un statut réel, parce qu'elle avait pour objet les biens des époux. Dumoulin fait sur cela une remarque très juste, c'est que les légistes italiens ne connaissaient pas la communauté, qui est étrangère au droit romain ; ils y voyaient un statut, une loi, tandis que c'est en réalité une société, et les associés ne sont-ils pas libres de comprendre tous leurs biens dans leur association? Le droit romain, qui en Italie formait le droit commun, ne connaissait que le régime dotal; les glossateurs devaient donc voir de mauvais œil un statut qui y dérogeait : c'est peut-être pour cette raison qu'ils en restreignaient l'application au territoire de la coutume qui l'établissait.

Toutefois, il y avait des glossateurs qui se prononcèrent pour la personnalité du statut de communauté. Tous les lé-

gistes qui enseignaient dans les universités d'Italie n'étaient pas Italiens; les étudiants appartenaient à toutes les nations de l'Europe. Pierre de Belle-Perche (Perticanus), Belge de naissance, soutint que le statut de communauté était personnel, parce qu'il concernait un acte de la personne, c'est-à-dire un acte de volonté, d'où résultait une convention. C'était le vrai motif de décider. Il entraîna d'autres glossateurs, Balde, Philippe Decius et Louis Romanus. Il ne suffit pas qu'un statut porte sur les biens pour qu'il soit réel, même dans la doctrine traditionnelle des statutaires; s'il a surtout en vue les personnes, il sera personnel; or, n'est-ce pas là le caractère du statut de communauté, lequel est une véritable convention (1)? Cette opinion finit par l'emporter; c'est un titre de gloire pour les glossateurs d'en avoir pris l'initiative. Il y avait un motif de douter au point de vue de la doctrine des statuts. Cela est si vrai, qu'un statutaire du dix-huitième siècle est obligé d'avouer que, prise à la lettre, la définition du statut réel conduirait à réaliser le statut de communauté, mais il faut, dit Froland, aider à la lettre et chercher à découvrir l'esprit de la loi. Sans doute, mais si la définition des statuts ne nous apprend pas à distinguer le statut réel du statut personnel, que devient toute la doctrine? Ne croule-t-elle pas par sa base?

238. Faut-il appliquer le principe de la communauté conventionnelle à la communauté statutaire ou légale? C'est sur ce point qu'il s'éleva une discussion très vive entre Dumoulin et d'Argentré, les plus grands jurisconsultes de France. La jurisprudence donna raison à Dumoulin, néanmoins la controverse continua jusqu'au dix-huitième siècle. Le débat ne se restreignait point au statut de la communauté; il y avait dans les coutumes bien des dispositions concernant les rapports pécuniaires des époux : tels étaient les gains de survie de la femme, les droits du mari sur les biens que la femme apportait en dot. Fallait-il appliquer à tous les statuts matrimoniaux

(1) Voir les témoignages dans Dumoulin, *Consil.* 53 (*Opera*, t. II, p. 964) et Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, p. 98 et suiv.

le principe de Dumoulin en les considérant comme conventions tacites, et partant comme statuts personnels s'étendant hors du territoire de la coutume? Les praticiens répugnaient à cette extension du principe, parce qu'elle tendait à personnaliser les statuts, tandis qu'ils étaient toujours imbus de l'opinion que les coutumes sont réelles. La controverse remonte aux glossateurs, mais le débat les intéressait très peu : il ne concernait que les pays de coutumes, et les légistes italiens sont des commentateurs du droit romain. La difficulté ne se présentait que dans le conflit des législations étrangères et du droit commun d'Italie, ce qui arrivait rarement, les relations juridiques entre étrangers étant peu fréquentes au moyen âge. Voici un cas prévu par un glossateur peu connu. D'après la coutume d'Angleterre, la femme survivante prend une partie des biens; ce statut ne s'étend pas aux biens situés hors du territoire (1). La décision a peu d'importance; en effet, le légiste ne dit pas s'il s'agit d'un droit de communauté, d'un droit de survie ou d'un droit de succession (2), de sorte que l'on ne sait point quelle est sa doctrine. Logiquement il faut appliquer aux gains de survie, non les règles des successions, mais les règles des conventions matrimoniales; elles formaient, par conséquent, un statut personnel dans l'opinion de ceux qui assimilaient les statuts à des conventions tacites, et un statut réel dans la doctrine de ceux qui les considéraient comme une disposition concernant les biens.

239. Le droit du mari sur la dot forme-t-il un statut personnel? Oui, d'après Balde, suivi par Dumoulin. Cela n'est pas douteux quand le droit du mari est établi par une convention matrimoniale; il ne s'agit plus, dans ce cas, de ce que le législateur ordonne, mais de ce que veulent les parties, et elles peuvent vouloir ce qui leur convient, et ce qu'elles veulent reçoit son effet partout et sur tous les

(1) G. Nata, Astensis, *De statutis*, quæst. IV, nº 35 (*Oceanus juris*, t. II, fol. 258 verso).

(2) Un autre glossateur considère le statut comme un droit de succession. Rochi Curtii, *De statutis*, sect. IX, nº 23 (*Oceanus juris*, t. II, nº 23, fol. 378 verso).

.ens. La chose est plus douteuse quand les époux n'ont as fait de contrat. Il y a une différence entre la communauté et le droit du mari sur la dot. Le régime de communauté est une société, donc une convention, et partant un statut personnel. Le droit du mari sur la dot ressemble, au contraire, à un pacte successoire, et ne faut-il pas appliquer, dans ce cas, le statut des successions généralement considéré comme réel? A vrai dire, la communauté est aussi une espèce de succession établie par contrat; donc il y a analogie entre le statut de communauté et le statut de la dot, ce qui est décisif pour la personnalité. C'est l'opinion de Balde, suivie par Dumoulin (1).

Autre est la question de savoir quel est le statut qu'il faut suivre pour déterminer les droits du mari sur la dot: Est-ce le statut du lieu où le contrat a été passé? Ou est-ce le statut du domicile des époux, et quand le mari a un domicile différent de celui de la femme, faut-il s'attacher au domicile du mari? La question était controversée; les glossateurs se prononçaient généralement pour le domicile marital. La raison en est, dit Balde, que la femme prend le domicile du mari. En aucun cas, l'on ne doit considérer le statut de la situation des biens; Balde dit très catégoriquement : *Non curo* (2). C'est écarter en termes absolus toute réalité; sur ce point, Bartole était d'accord avec son disciple (3). Leur décision n'est-elle pas trop absolue? Ils auraient dû appliquer le principe qui régit les conventions : tout dépend de la volonté des parties, puisqu'elles peuvent faire telles conventions qu'elles jugent convenables. La question se résout donc en une appréciation de volonté comme dans toute convention (n° 222).

240. Quelle est la qualité du statut qui défend aux époux de se faire des libéralités? Les avis étaient partagés: Bartole le considérait comme un statut personnel (4),

(1) Voir les témoignages dans Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, p. 544.

(2) Baldus, *Consilia*, pars III, cons. 208, fol. 45.

(3) Bartolus, *super Codice, De summa Trinitate*, n° 19, fol. 5. Cf. Rochi Curtii, *De statutis*, sect. IX, n° 4 (*Oceanus juris*, t. II, fol. 377).

(4) Bartolus, *super Codice, De summa Trinitate*, n° 26, fol. 6.

Balde enseignait qu'il est réel (1). C'est cette dernière opinion qui l'a emporté, dit Froland; il faut ajouter: non sans protestation. Je reviendrai sur la controverse; à mon avis, c'est Bartole qui a raison. Il se fondait sur les principes du droit romain. Les jurisconsultes romains s'appliquaient infiniment à maintenir la concorde entre époux; ils rejetèrent les donations entre mari et femme, de crainte que celui qui ne recevrait pas de son conjoint le don qu'il aurait désiré avoir ne demandât le divorce par esprit de vengeance. La prohibition de se donner entre époux étant établie pour des motifs personnels, il en fallait conclure que le statut est personnel. C'est l'explication de Froland. Mais, dit-il, aujourd'hui que la pureté du christianisme a fait du mariage un contrat indissoluble, la prohibition n'a plus d'autre motif que l'intérêt des héritiers et les droits successifs; donc elle est purement réelle (2). Singulier raisonnement. Quoi! la faculté de se faire des libéralités entre époux trouble les relations conjugales, et parce que ces relations sont indissolubles, il n'y a plus lieu de veiller à ce qu'elles ne soient troublées par la cupidité de l'un des conjoints? La désunion, la discorde, la haine qui diviseront les époux pendant toute leur vie, sont-ce là des raisons réelles relatives aux biens et aux intérêts des héritiers? Il y a bien d'autres considérations en faveur de la personnalité; j'y reviendrai. Pour le moment, il n'est question que de la doctrine des glossateurs. D'Argentré la trouve inepte et absurde (3). Les légistes italiens invoquaient le motif sur lequel ils fondaient généralement la personnalité des statuts. Le législateur défend aux époux de se faire des libéralités : que devient la prohibition si on la déclare réelle? Les époux n'auront qu'à changer de domicile, et la défense de la loi sera éludée (4). D'Argentré convenait qu'il y avait des motifs personnels en faveur du statut, mais, d'après lui, il avait surtout en vue l'intérêt des héritiers. Dans la doctrine traditionnelle

(1) Baldus, *super Codice*, *De summa Trinitate*, n° 18, fol. 7 verso.
(2) Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, p. 152 et 153.
(3) D'Argentré, *Sur la coutume de Bretagne*, p. 680 et 683.
(4) Lancilotus, *De statutis*, VIII, 2 (*Oceanus juris*, t. II, fol. 289 verso).

es statuts, la considération, en la supposant fondée, tait décisive. Dès que le statut avait pour objet de conserver les biens dans les familles, il fallait le réputer réel. Un seul et même statut peut donc être personnel ou réel, selon le but que le législateur a eu en vue. Le code Napoléon, en permettant aux époux de se donner, mais en déclarant les donations révocables, a donné raison aux glossateurs.

241. Le statut des successions est-il réel ou personnel? Dans la doctrine traditionnelle, on admet comme un axiome que le statut est réel; les enfants n'en doutent plus, dit d'Argentré (1). Du temps des glossateurs, les avis étaient encore très partagés. C'est une belle question, dit Albéric de Rosate, que de savoir par quelle loi est régie la succession de celui qui laisse des biens dans des Etats différents. Les uns disent qu'il faut suivre la loi de chaque territoire, les autres s'attachent à la loi du lieu où la succession s'est ouverte. Il y a une troisième opinion, c'est celle qu'Albéric préfère : il faut appliquer la loi personnelle du défunt. Le statut est personnel et non réel. En veut-on une preuve certaine? dit le légiste italien. L'hérédité ne consiste pas en biens, car il se peut qu'il n'y ait pas de biens; cela n'empêche pas qu'il y ait un héritier. Que sera cet héritier? Ce qu'est tout héritier : le représentant de la personne du défunt, et s'il continue la personne du défunt, abstraction faite des biens que le défunt possédait ou ne possédait point, il faut dire qu'il succède en vertu d'un droit personnel (2).

Pourquoi les légistes se prononcèrent-ils pour la réalité du statut? Quand il n'y a pas de biens, comme Albéric le suppose, la question n'a guère d'intérêt; les héritiers, quels qu'ils soient, renonceront à la succession. Il faut se placer dans l'hypothèse où il y a des biens que divers héritiers se disputent. Dans ce conflit, la loi du territoire doit l'emporter d'après la doctrine traditionnelle. Celle-ci remonte au moyen âge, à une époque où tout était réel,

(1) D'Argentré, *Sur la coutume de Bretagne*, p. 681, n° 24.
(2) Albericus de Rosate, super Codice, *De summa Trinitate*, n° 25 (fol. 8).

territorial, à commencer par la souveraineté. La terre donnant la puissance souveraine, le statut territorial devait décider à qui la terre serait transmise au décès du possesseur.

L'opposition du droit romain et des coutumes féodales était encore plus grande. Dans le droit romain, l'égalité régnait, tandis que la féodalité était fondée sur des priviléges qui devenaient une faveur pour les uns et une exclusion pour les autres. Tels étaient le droit de primogéniture et l'exclusion des femmes. Ces dérogations au droit commun devaient répugner aux glossateurs, mais ils vivaient en pleine féodalité : le fait universel a toujours une grande influence sur les meilleurs esprits. De là un conflit d'idées et de sentiments et, par suite, de controverses sans fin.

242. Le droit d'aînesse est féodal de son origine et de son essence; aboli dans les pays où l'esprit d'égalité a prévalu, il s'est maintenu là où l'inégalité féodale domine. Ce droit devait être antipathique aux glossateurs nourris dans les idées romaines. Je pense bien que c'est cette antipathie qui les engagea à déclarer le statut réel. Le droit de primogéniture était contraire au droit commun, contraire à l'égalité qui doit régner entre les enfants d'un même père; c'était donc un statut odieux qu'il fallait limiter au territoire où il avait pris naissance. Voici l'hypothèse ordinaire dans laquelle les légistes italiens raisonnent. Un baron français meurt, laissant des biens en France et en Italie; son fils aîné recueillera les biens situés en France, à l'exclusion de ses frères et sœurs, mais tous les enfants succéderont à titre égal aux biens italiens. Dans le système de la réalité, le principe de l'égalité était au moins respecté sur le sol d'Italie, tandis que si l'on déclarait le statut personnel, le fils aîné succédait à tous les biens, quelle que fût leur situation (1). Mais la réalité se conciliait-elle avec les principes? Ici il y avait de graves motifs de douter. Albéric de Rosate se pro-

(1) Baldus, super Codice, *De summa Trinitate*, n° 17, fol. 7 verso. Baldus Peresinus, *De statutis*, v° *Succedere*, n° 2 (*Oceanus juris*, t. II, fol. 144).

onça pour l'unité de succession, d'après l'origine et le domicile du défunt (1). Si l'on part du principe de l'unité de patrimoine, on doit admettre la personnalité du statut. L'unité de patrimoine tient à l'unité de personne, et conçoit-on que la personne du défunt se divise à sa mort, de sorte qu'il y aurait autant de personnes et de patrimoines qu'il y a de biens situés sous des coutumes différentes? Dans le droit féodal, cette considération n'avait aucune importance; la personne était absorbée par le sol, et le sol ne pouvait être régi que par la loi du territoire; aussi les jurisconsultes d'origine française ou belge se prononçaient-ils sans hésiter pour la réalité du statut (2).

243. S'il y a un statut odieux, c'est celui qui exclut les femmes de la succession. Il blessait à tel point les sentiments des glossateurs, qu'ils en contestaient la validité : cette inégalité, disent-ils, accuse la nature humaine. Un statut peut-il exclure les femmes et les reléguer hors de la famille, alors que Dieu les y a placées (3)? Balde discute sérieusement la question; il avoue que le statut est inique, parce qu'il est contraire à l'égalité; mais il y a un intérêt plus grand encore, c'est la conservation de la famille : cette considération lui paraît décisive (4).

Au moins, disaient les glossateurs hostiles au statut, doit-on le restreindre au territoire, parce qu'il est contraire à l'égalité, laquelle est de droit commun. La doctrine des statuts odieux est une arme à deux tranchants : le statut que les uns trouvent défavorable est considéré comme favorable par d'autres. Que dis-je? La défaveur et la faveur peuvent dépendre des temps et des lieux. Les Grecs et les Romains tenaient à l'égalité, et l'égalité est devenue un des principes de 1789. A ce point de vue, le statut qui exclut les femmes est certes odieux. Sous le

(1) Albericus de Rosate, *De statutis*, lib. I, quæst. 45, n° 8 (*Oceanus juris*, t. II, fol. 8 verso). Voyez, sur les diverses opinions des glossateurs, Aretinus, super Codice, *De summa Trinitate*, fol. 4 verso, et Rochi Curtii, *De statutis*, sect. IX, n° 13 (*Oceanus juris*, t. II, p. 377 verso).

(2) Tels étaient Pierre de Belle-Perche et Masuer (Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, p. 61).

(3) Jacobinus a Sancto Georgio, super secunda Codicis, *De liberis præteritis*, *Si quis filius*, n° 3.

(4) Baldus, super Codice, *De summa Trinitate*, n° 19, fol. 7 verso.

régime féodal et dans les sociétés aristocratiques, on raisonne tout autrement. Il faut donner aux grandes familles la stabilité et la perpétuité du sol ; dès lors il ne peut plus être question d'égalité, puisqu'elle divise les patrimoines et qu'elle appauvrit les familles. Au moyen âge déjà, les deux courants d'idées avaient leurs représentants : Bartole disait que le statut était odieux et qu'il fallait, par conséquent, le restreindre (1) : Balde invoquait l'intérêt des familles, et concluait que le statut devait avoir son effet partout, parce que la conservation des familles est un intérêt général (2). On pouvait répondre : Oui, sans doute, mais seulement dans les Etats féodaux ou aristocratiques ; non, dans les démocraties ; dans celles-ci, la concentration des biens sur quelques têtes pourrait compromettre l'existence de la constitution. N'en faut-il pas conclure que le statut est réel, en ce sens que l'Etat, ayant un intérêt de conservation à ce que les biens soient divisés, ne peut pas admettre un statut étranger qui divise les biens situés sur son territoire? C'est le point de vue de la science moderne. J'ajourne la discussion de la question à la partie dogmatique de ces Etudes.

244. Dans la doctrine des statuts, on admettait une exception à la réalité du statut de succession : quand il s'agissait des biens délaissés par un Juif, on suivait la loi de Moïse, quelle que fût la situation des biens (3). L'exception est remarquable : elle témoigne contre la réalité du statut de succession. Si la succession d'un Juif est régie par la loi personnelle du défunt, pourquoi n'en serait-il pas de même de la succession de tout étranger? Les légistes disent qu'il ne faut considérer que les biens dans la délation de l'hérédité (3). Dans cet ordre d'idées, on devait faire abstraction de la religion et de la nationalité du propriétaire. Toutefois, on aurait tort de considérer cette exception comme une inconséquence. Les Juifs

(1) Voyez, en ce sens, Petri Ravennatis, *De statutis*, sect. IV, n° 21 (*Oceanus juris*, fol. 386 verso); Rochi Curtii, *De statutis*, sect. IX, n° 22 (*Oceanus juris*, fol. 378 verso).
(2) Baldus, super Codice, *De summa Trinitate*, n° 19, fol. 7 verso. Il y a un traité sur la question (*Oceanus juris*, t. I, fol. 45, n° 5).
(3) Hertius, *De Collisione legum*, § IX (*Opera*, t. I, p. 125).

étaient placés hors du droit commun en toutes choses, on les considérait comme une race errante et sans domicile; dans cette situation singulière, il ne pouvait être question de statut réel. Il y a encore une autre explication de cette singularité, c'est que les lois défendaient généralement aux Juifs de posséder des immeubles : leur succession était donc essentiellement mobilière et, à ce titre, soumise à la loi de la personne. Tel était le droit. Mais qui ne sait pas, pour les malheureux Juifs, il n'y avait pas de droit au moyen âge? L'intolérance et la force disposaient de leurs personnes et de leurs biens, pendant leur vie comme après leur mort!

§ II. *Les légistes statutaires.*

N° 1. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES.

I. *Les statutaires et les glossateurs.*

245. Je donne le nom de *statutaires* (1) à la nombreuse école de jurisconsultes qui, à partir du seizième siècle, s'occupent des questions de droit civil international. Quels que soient leurs dissentiments, tous reconnaissent un point de départ commun, c'est la division des statuts en personnels et réels : les uns attachés à la personne et la suivant partout où elle réside, sans avoir égard à la coutume territoriale : les autres limités au territoire où ils ont pris naissance, mais applicables à tous ceux qui s'y trouvent, étrangers ou indigènes. Comment la distinction des statuts s'est-elle répandue dans tous les pays? Ce sont les glossateurs qui ont créé les statuts personnels en les distinguant des statuts réels; c'est à leur école que les statutaires se sont formés. Il y avait des Français et des Belges parmi les glossateurs; encore au seizième siècle, les étudiants des diverses parties de l'Europe allaient puiser la science du droit dans les universités d'Italie et ils en revenaient imbus de la doctrine de leurs maîtres.

(1) L'expression est mauvaise, mais elle abrége les explications.

Ainsi les statutaires procèdent des glossateurs : ils l
citent à chaque pas, comme les autorités par excellen
Les statutaires introduisent dans l'Europe féodale
distinction des statuts qui y était inconnue. Il y a tou
une école, d'Argentré, et les réalistes belges, Bourgoing
à leur tête, qui reprochent aux docteurs italiens d'av
trop étendu les statuts personnels et de leur donner d
effets trop considérables ; mais ils maintiennent le pri
cipe. D'Argentré, le chef des réalistes, définit en d'exc
lents termes le statut personnel en parlant de la major
et de la minorité, l'application la plus usuelle de la d
trine. Les glossateurs se bornent à commenter des text
et, le plus souvent, ils ne font que les citer à l'appui
leur opinion, sans les interpréter. Au seizième siècle,
science du droit entre dans une ère nouvelle; elle cher
la raison des choses, et elle prend appui sur l'histoire
sur l'étude des langues. Dumoulin et d'Argentré, qui s
à la tête des statutaires français, sont les plus gra
jurisconsultes de la France coutumière; leurs écrits
eu un long retentissement, c'est à eux que revient l'h
neur d'avoir préparé le code civil ; si on ne les cite
plus souvent, c'est que leur enseignement nous a
transmis par Pothier, jurisconsulte éminent, mais
n'occupe que le second rang, puisqu'il ne fait que vul
riser les idées de celui que les Français reconnaissa
ont appelé l'oracle du droit coutumier, et le plus gr
éloge que l'on puisse faire de d'Argentré, c'est de dire q
était digne d'être l'émule de Dumoulin. Dans le droit c
international, Dumoulin et d'Argentré tiennent le prem
rang ; il est même difficile de les séparer, puisque d'
gentré n'a pris la plume que pour combattre Dumou
Cependant, à mon grand étonnement, je n'ai pas tro
le nom de Dumoulin dans les traités de droit internatio
qui s'occupent de l'histoire de notre science, Bar, Wh
ton. La raison en est peut-être que la France n'a
encore d'histoire de son école juridique du seizième siè
c'est cependant un de ses titres de gloire, car auc
nation moderne n'a eu des jurisconsultes que l'on pu
comparer à Cujas, à Doneau, à Dumoulin et à d'Argen

246. Dumoulin a commenté les *Conseils* de deux
sateurs, Alexandre et Decius. Il continue l'œuvre de
ole italienne; le grand reproche que d'Argentré lui fait,
i qu'à ses maîtres, c'est d'avoir outré le principe de
ersonnalité. Ce n'est pas que d'Argentré méconnaisse
élément si essentiel du droit; il l'établit mieux que ne
faisaient les glossateurs. Pourquoi les statuts qui
ent l'état des personnes et, par suite, leur capacité ou
r incapacité, sont-ils personnels? Le jurisconsulte bre-
répond que les hommes n'apportent pas partout, en
sant, les mêmes facultés. On dit des Normands et des
iens que, dès l'âge de quatorze ans, leur intelligence est
eloppée à tel point qu'on les considère comme capables
dol; les Béotiens, au contraire, et les Thraces, dit-on,
rrivent jamais à la lucidité de l'intelligence. Quant aux
ples qui demeurent dans un climat froid, leur dévelop-
ent est plus tardif. D'Argentré ne se demande pas
lle est la raison des différences qui existent entre les
erses nations; il les constate comme un fait dont les
islateurs doivent tenir compte. La majorité de tous les
mmes, de toute race, sera-t-elle fixée à la même époque?
serait présumer capables les uns qui ne le sont pas
core, et présumer incapables les autres qui depuis long-
mps ont cessé de l'être. Chaque coutume doit donc fixer
majorité à l'âge où la généralité des hommes ont acquis
degré d'intelligence qui leur est nécessaire pour gérer
rs intérêts. Quand ils ont atteint cet âge de vingt et
ans, je suppose, et qu'ils se trouvent, pour leurs af-
ires, dans un pays où la majorité n'est acquise qu'à
ngt-cinq ans, seront-ils majeurs ou seront-ils considérés
mme mineurs? Ici intervient la nécessité du statut per-
nnel. Il serait absurde et presque ridicule de déclarer
capable celui qui, d'après les lois de son pays, est
pable : devient-on incapable en passant la frontière?
as plus qu'on ne devient capable, quand on ne l'est
as, en allant d'une coutume qui fixe la majorité à
ingt-cinq ans dans une autre où l'on est majeur à
ingt et un. A vrai dire, la capacité ou l'incapacité ne
ont pas établies par la loi, elles sont l'œuvre de la na-

polite; il resta Breton, attaché à sa province, et au
en de ses coutumes. De là son réalisme excessif :
expression de l'antique nationalité bretonne.
a plus : ce que je dis de d'Argentré est vrai de na-
ntières, en ce sens qu'elles sont imprégnées de l'es-
odal, tandis que, chez d'autres peuples, il ne reste
ne trace de féodalité. L'Angleterre est restée féo-
ans ses mœurs, dans ses institutions civiles et poli-
; elle a aussi conservé la maxime de la réalité des
nes. J'aurai à revenir sur cette singularité : elle joue
nd rôle dans notre science et y exerce une influence
loin d'être favorable. Ce même esprit régnait dans
vinces belgiques, bien qu'à un moindre degré. J'ai
eurs que la Belgique avait seule maintenu le prin-
odal de la saisine qui, dans nos coutumes de nantisse-
s'était transformé en un moyen de publicité et n'avait
en de commun avec la féodalité. Ici, chose miracu-
une coutume féodale devint un germe de progrès,
stitution qui favorisait les relations civiles en don-
ne pleine sécurité aux tiers qui traitent avec les
seurs d'immeubles (1). La Belgique resta aussi
de l'esprit de réalité qui domine dans les coutumes
es. Un de nos bons légistes en fait la remarque et
que de l'entêtement des praticiens flamands sur ce
il serait plus aisé, dit Stockmans, d'enlever à
le sa massue que de les faire départir de l'axiome
utes les coutumes sont réelles (2). La critique re-
au meilleur de nos jurisconsultes, Bourgoingne, plus
sous son nom latin de Burgundus, excellent esprit,
d'Argentré, mais attaché, comme lui, à l'antique
aineté de nos provinces. Nous n'avons jamais formé
ation comme la France; nos provinces étaient des
, des duchés, des marquisats, comme les vassalités
yen âge. Alors même que la Belgique fut soumise à
ination de l'Espagne et de l'Autriche, le souverain
se faire inaugurer dans chacune de nos provinces

yez mes *Principes de droit civil*, t. XXIX, p. 29, nos 21-23.
ckmans, *Decisiones* (Dec. L. no 1).

et prêter serment d'observer nos franchises et libert
C'est le principe féodal, et la réalité du droit y est étroi
ment liée. On se traitait d'étranger d'une coutume
l'autre, et encore aujourd'hui un Flamand de Bruges n'
pas très sûr d'être le frère d'un Flamand de Gand. V
pourquoi nos jurisconsultes, et les meilleurs, donnai
tout à la réalité, comme le disent les statutaires fr
çais (1).

Il en est de même des jurisconsultes hollandais; il
rattachent tous à Bourgoingne et à d'Argentré; le m
leur est aussi celui qui est le plus hostile à la person
lité. Jean Voet est peu connu en France, il mériterai
l'être partout. Son style est d'une clarté admirable, et
une ampleur d'exposition que l'on regrette de ne pas t
ver chez Dumoulin et d'Argentré. Son bon sens est ex
c'est le légiste pratique par excellence. Comment
fait-il qu'il pousse le réalisme jusqu'à l'hostilité?
Belges du nord, comme ceux du midi, tenaient à le
libertés et franchises municipales et provinciales ; qu
ils se constituèrent en république, ils eurent soin
stipuler la conservation; leur république s'appela
Provinces-Unies; c'est dire que chacune entendait re
maîtresse chez elle. Plus les États sont restreints, pl
souveraineté est jalouse; chacune des provinces éca
comme un ennemi la coutume de l'autre. De là le
lisme excessif de Jean Voet. La même tendance exi
plus ou moins chez tous ses compatriotes.

248. A certains égards, l'Europe coutumière
mieux disposée que l'Italie statutaire à recevoir la
trine de la personnalité des statuts. Dans les cités
liennes, le droit romain formait le droit commun; c'
mieux que cela, une des gloires de l'Italie; les glo
teurs avaient pour les lois romaines un véritable c
voilà pourquoi ils se bornaient à citer des textes pour
argument; dès que la loi avait parlé, la cause était
dée. Qu'étaient-ce que les statuts municipaux en fac
la sagesse romaine? On conçoit qu'ils comblent

(1) Boullenois, *Traité des statuts*, t. I, p. 136.

une, mais quand ils osaient déroger au droit par ex-
lence, le corriger, les glossateurs se demandaient si
e pareille œuvre n'était pas frappée de nullité radicale.
auraient bien voulu répudier les statuts, mais ils
seignaient dans les villes qui les avaient portés et qui
naient à leur indépendance plus qu'au droit de Justi-
en; forcés de subir les statuts, les légistes italiens
erchèrent à en restreindre l'application dans les limites
s plus étroites; c'était une exception à la règle, donc de
ricte interprétation. J'ai dit plus haut (nos 201 et 202)
e l'opposition contre les statuts et l'interprétation res-
ictive du droit municipal ont joué un grand rôle dans la
ctrine des glossateurs; ils les limitaient au territoire à
re de statuts réels, ce qui leur permettait de les écarter
s qu'il s'agissait de les appliquer à des biens situés ail-
urs. C'est ainsi que les glossateurs, quoique favorables
la personnalité, déclarèrent réels des statuts munici-
aux, sans autre raison, sinon qu'ils étaient contraires
droit romain.

Les étudiants, que les Italiens appelaient des ultramon-
ains parce qu'ils venaient d'au delà les monts, affluaient
Bologne et dans les autres universités; ils y étaient éle-
és dans l'amour du droit romain et dans le dédain pour
s coutumes locales de leur pays qu'ils assimilaient aux
tatuts municipaux d'Italie. Deux jurisconsultes, éminents
un et l'autre, firent une rude guerre à ces imitateurs
intelligents ou trop enthousiastes des glossateurs. Il
agissait de savoir quel est le droit commun de la France:
st-ce le droit romain? sont-ce les coutumes? Le débat
ous intéresse encore au dix-neuvième siècle. Notre code
ivil est-il romain ou coutumier? Les romanistes préten-
lent qu'il procède de Rome, les civilistes (que l'on me
ermette ces termes d'école) disent que c'est l'esprit cou-
umier, l'équité germanique qui dominent dans une
euvre qui remonte à Pothier et à Dumoulin. Le débat
menace de s'éterniser aussi longtemps que le droit ro-
main jouira d'une autorité qu'il perd, du reste, de jour en
our. Nous allons entendre Coquille et Dumoulin; on
oncédera, je l'espère, qu'ils connaissent mieux le génie

du droit français que les docteurs nourris de la science romaine.

249. Guy Coquille avait étudié le droit romain dans les universités italiennes; mais son esprit si clair, si juste, si vif, avait résisté à l'influence ultramontaine qui, à ses yeux, était suspecte, même en matière de droit civil. Il tenait à son indépendance gauloise. Coquille ouvre son commentaire des *Coutumes du Nivernais* par une vive critique de l'école italienne et des imitateurs serviles qu'elle trouvait en France : « Les coutumes des provinces de France qu'on appelle coutumières sont leur vrai droit civil et commun, et peuvent être appelées droit écrit celles qui, selon le consentement du peuple des trois ordres, ont été arrêtées, mises par écrit et autorisées par les commissaires que le roi a délégués. Pourquoi j'estime que nos docteurs français se mécomptent quand ils comparent nos coutumes aux statuts dont les docteurs ultramontains ont fait tant de décisions intriguées, comme si c'était un labyrinthe sans fil de conduite, auquel on s'égare quand on pense chercher l'issue et qui se peut dire alambic à cerveaux. Car, en Italie, le droit commun c'est le même droit civil des Romains. Et les lois particulières que chacune ville a voulu avoir contraires ou diverses ou outre le droit romain, sont les statuts, lesquels, parce qu'ils sont exorbitants dudit droit commun, ont été tenus et réputés de droit étroit. Qui a donné occasion auxdits docteurs d'exercer leur entendement à faire règles de diverses sortes pour l'interprétation et intelligence desdits statuts et autres que pour le droit romain et commun. Et nous, afin de ne nous rendre serfs imitateurs et admirateurs des étrangers, ferons bien de n'infrasquer et embrouiller l'intelligence de nos coutumes selon lesdites règles perplexes des statuts : mêmement, parce que nos coutumes sont notre droit civil et commun, et les statuts ne sont pas droit commun. »

Les coutumes et les statuts étant si différents, la conséquence que les Italiens tiraient du caractère exceptionnel de leurs statuts ne recevait pas d'application aux coutumes. D'après les glossateurs, tout statut était réel de

sa nature comme dérogeant au droit romain. En France, les imitateurs et admirateurs du droit romain disaient la même chose; à tort, dit Coquille. Ecoutons-le encore dans son style naïf que l'on regrette de ne pas trouver chez Dumoulin : « C'est une règle brocardique qui est communément au cerveau des praticiens, que toutes coutumes sont réelles, ce qui semble ne pouvoir se soutenir indistinctement, parce que nos coutumes ne sont pas statuts, ains sont notre *vrai droit civil*, et avons été trop prompts à suivre les opinions des docteurs italiens à cet égard. Car en Italie, le *droit romain* est le *droit commun* et là les *statuts* qui sont du *contraire* sont du *droit étroit*. Mais à nous le *droit romain* ne sert que de raison (1), et le droit coutumier doit être entendu et *étendu au large* avec bénigne *interprétation*. »

Coquille applique cette distinction à la réalité des coutumes : « En conséquence de ce, me semble que nous ne devons réputer nos coutumes si fort locales, comme lesdits docteurs ultramontains ont jugé leurs statuts. Mais devons dire que nos coutumes lient et restreignent les volontés de ceux qui sont domiciliés, sujets à icelles, pour ne pouvoir disposer contre icelles des biens assis en autres provinces où les coutumes permettent de disposer. Car les coutumes étant fondées sur les consentements du peuple des trois ordres, il faut inférer qu'elles obligent *quasi ex contractu*, et, par conséquent, lient les personnes pour tous les biens qui leur appartiennent. Autrement est quand l'exécution de la coutume est purement réelle et ne dépend de la volonté des personnes (2). »

Il suit de là que le droit est, en général, personnel, parce qu'il dépend de la volonté des parties. Coquille n'admet la réalité que dans les cas où la volonté n'est pas en

(1) Coquille revient souvent sur ce point que « le droit romain n'a force de loi en France». *Institution au droit français* (Œuvres, t. II, p. 6) ; *Coutumes de Nivernois* (Œuvres, t II, p. 7, 10, 31) ; *Questions*, t. II, p. 126 et 127.

(2) Guy Coquille, *Commentaires sur les coutumes de Nivernois* (Œuvres, t. II, p. 1); *Institution au droit français*. Des fiefs, t. II, p. 32; *Ibid*, sous la rubrique *Quelles choses sont réputées meubles, conquêts ou propres*, t. II, p. 81 ; *Ibid*, sous la rubrique *Des droits de la justice en commun*, t. II, p. 10.

jeu. La conséquence dépassait peut-être la pensée du jurisconsulte français. Peut-on dire qu'il y ait des rapports juridiques où la volonté de l'homme ne joue aucun rôle? Non, certes ; car si l'on fait abstraction des personnes, il n'y a plus de droit. Ce qui conduirait à cette maxime que tout droit est personnel, à moins que la volonté de l'homme ne soit dominée par une volonté supérieure, celle de la société et de l'Etat qui en est l'organe. C'est la théorie de l'école italienne, c'est celle que j'ai proposée dans mon cours des *Principes de droit civil*, et que je compte défendre dans ces Etudes Coquille; n'allait pas jusque-là; toujours est-il qu'il se trouvait sur la voie.

250. Dumoulin n'a pas la naïveté de Coquille ; il est impérieux comme les jurisconsultes qui sont les organes du peuple-roi ; son style est rude à force d'être énergique. Il nie que le droit romain soit le droit commun de la France ; les Français n'ont jamais été soumis à Justinien. C'est seulement dans les pays de droit écrit que le droit romain est suivi comme loi ; encore y est-il tombé en désuétude pour la plus grande partie. Dans les pays coutumiers, il n'a d'autre autorité que celle de raison et d'équité. Dumoulin se moque des jeunes docteurs qui venaient d'Italie, entichés de l'enseignement de leurs maîtres ; il les traite d'ineptes. En assimilant les coutumes aux statuts, ils prouvent leur inintelligence : « ces gens-là ne savent pas ce qu'ils disent ». C'est un mot de prédilection de notre jurisconsulte. Le reproche est dur, mais, dans l'espèce, il est juste. Ce que disaient les romanistes n'était pas même vrai d'une manière absolue pour l'Italie ; en effet, il y avait des cités qui ne suivaient pas le droit romain : telle était la puissante république de Venise. Généralement, il est vrai que les statuts locaux ne formaient pas un droit commun ; c'était un droit singulier ou particulier. Les glossateurs avaient donc raison de le restreindre, comme on restreint toute exception. Il en était tout autrement en France ; c'était chose absurde de dire, comme on le faisait, que les coutumes étaient un droit municipal, local. Un droit local, municipal suppose qu'il existe un droit universel, général. Dumoulin de-

monde où serait bien ce droit commun, auquel les coutumes dérogeaient? Nous n'avons pas d'autre droit que le droit coutumier; donc c'est précisément ce droit, que l'on prétend déroger au droit commun, qui forme notre droit commun. Voilà une réduction à l'absurde qui explique la mauvaise humeur de Dumoulin contre les admirateurs du droit romain, qui, tout en étant dans les Gaules, croyaient encore être à Rome ou à Bologne (1).

Dumoulin ne formule pas sa conclusion comme Coquille le fait. Il est partisan décidé de la personnalité, et il ne se laisse pas arrêter par la considération, qu'il traite d'ineptie, que les coutumes ne peuvent être étendues hors de leur territoire, parce qu'elles seraient en opposition avec le droit commun. Mais Dumoulin est un coutumier et le plus grand de tous, dès lors il ne pouvait pas répudier la tradition qui déclarait les coutumes réelles; il la reproduit, au contraire, en termes qui paraissent absolus. Il maintient le principe de la réalité, tout en dépassant les praticiens qui voulaient que tout fût réel. Le jurisconsulte français est le vrai héritier des glossateurs; il a une tendance prononcée à personnaliser les statuts; d'Argentré lui en fait un grief; si j'osais lui adresser un reproche, je dirais qu'il n'a pas poussé assez loin le principe de personnalité. Mais l'histoire ne doit accuser personne. Dans ma conviction, la personnalité est le vrai principe; la gloire des glossateurs est d'en avoir pris l'initiative. La réalité a aussi sa raison d'être; il faut faire sa part à chacun des deux éléments, donc les maintenir tous les deux. Les glossateurs avaient l'instinct de la vérité, plutôt qu'ils ne la possédaient. Dumoulin a fait des applications très heureuses de la personnalité; à d'autres égards, il est resté sous l'empire de la tradition réelle. C'est ainsi que le progrès s'accomplit, lentement, non sans opposition ni défaillance; le pour et le contre ont leur raison d'être,

(1) « Inepti quidam scioli, qui putant se esse Romæ, vel Florentiæ, vel Bononiæ Crassæ, vel Senis. » Voyez Molinæus, *De dignitatibus, magistratibus et civibus romanis*, nos 141-143 (*Opera*, t. III, p. 1062). Idem, *Commentarii in consuetudinem Parisiensem*, tit. I. Des fiefs (*Opera*, t. I, p. 22 et 23, nos 107 et 108).

consulte parisien n'aura tenu compte que du droit français, et comment savoir quel était le droit commun en Belgique, alors qu'il n'y avait pas de Belgique? Il eût même été très difficile de décider quel était le droit commun de la Flandre, puisque le droit y variait d'une commune à l'autre (1).

252. La doctrine des glossateurs sur les statuts réels avait encore un autre fondement. Ils aimaient à distinguer les statuts favorables et les statuts défavorables; les premiers, ils consentaient à les étendre hors du territoire; ils restreignaient les autres, ce qui aboutissait à en faire des statuts réels. Cette distinction se confond souvent avec celle que je viens de rappeler, en ce sens que les statuts contraires au droit commun, et surtout ceux qui osaient corriger le droit romain, paraissaient odieux aux légistes, et, par suite, ils les restreignaient dans les limites du territoire. La théorie des statuts favorables et défavorables était du goût des praticiens, parce qu'elle leur donnait un motif très facile de décider si un statut était personnel ou réel. Universellement reçue, la distinction fut admise dans la doctrine comme un axiome (2). Aujourd'hui elle est abandonnée, et l'on s'étonne de l'autorité qu'elle a eue pendant des siècles. Sans fondement rationnel, la distinction était, de plus, tellement arbitraire que, dans chaque espèce, elle devait faire naître une controverse. Conçoit-on que le législateur porte un statut sans motif aucun et pour le seul plaisir de faire un statut odieux? Toute loi a sa raison d'être; c'est son côté favorable, et l'on trouvera facilement aux meilleures lois un côté défavorable. Voilà la guerre allumée; le juge videra le conflit d'après son sentiment personnel, ce que les magistrats aiment à faire, mais quelle justice que celle qui aboutit au caprice du juge!

Dumoulin va nous donner un exemple de ces débats. Le statut de primogéniture est-il favorable? Oui, dit-il. Ne vous récriez pas en disant avec Napoléon, premier consul,

(1) De Ghewiet dit : On a douté de ce qui compose la coutume générale de Flandre (P. I, t. I, § 6, art. 3).
(2) Hertius. *De collisione legum*, § 47 (*Opera*, t. I, p. 145).

que toute loi qui consacre l'inégalité entre les enfants d'un même père est immorale, parce qu'elle sème la jalousie, la division, la haine dans la famille qui devrait être le foyer de l'affection. Je distingue, répond Dumoulin ; on ne doit pas juger un statut d'après les effets qu'il produit, mais d'après les motifs qui l'ont fait porter. Or, le statut de primogéniture n'a pas été fait en haine des puînés, pas même en faveur de l'aîné comme tel ; il a uniquement pour objet la conservation de la famille. N'allez pas objecter que si le droit d'aînesse conserve la splendeur de la famille, c'est-à-dire sa grandeur matérielle, il la détruit moralement ; au seizième siècle, on n'aurait pas compris l'objection ; l'état social était aristocratique, et l'on trouvait juste et moral tout statut qui favorisait et consolidait les grandes familles. En lui-même, le droit d'aînesse, dit Dumoulin, est donc absolument favorable : *merè, absolutè et indistinctè*. Voyons les effets. Je distingue les avantages honorifiques et les avantages pécuniaires. Quant aux priviléges, qu'importe aux puînés? Ils n'en souffrent aucun préjudice, dit le jurisconsulte français. Quoi! dans un Etat aristocratique, les priviléges n'auraient aucune valeur! On voit que Dumoulin n'était pas noble; il était démocrate, comme le sont tous les juristes. Restent les droits pécuniaires. Nouvelle distinction. Les avantages modérés et qui ne lèsent pas beaucoup les autres enfants n'empêchent pas le statut d'être favorable. Telle serait une double portion héréditaire, que l'on trouve déjà chez les patriarches. Je doute que les puînés fussent de l'avis de Dumoulin : n'avaient-ils pas raison de dire que là où l'affection est égale, les parts doivent aussi être égales? Dumoulin lui-même le sent : il y a lésion, dit-il, mais elle n'est pas énorme, et partant le statut ne laisse pas d'être favorable. Quoi! y a-t-il un plus et un moins dans l'affection que le père doit avoir pour ses enfants? Peut-il aimer l'un moitié plus que l'autre, sans que celui-ci ait le droit d'en être blessé? En réalité, le droit d'aînesse allait plus loin; régulièrement les filles étaient exclues, et forcées d'entrer au couvent, quand elles ne trouvaient pas à se marier avec une dot consistant en un

ıpel de fleurs; quant aux garçons, on en faisait des ıciers, des chevaliers de l'ordre de Malte, ou des abbés des évêques. Dumoulin avoue que l'inégalité excessive t odieuse (1). Mais quand sera-t-elle excessive? Voilà ıcore une fois l'arbitraire.

253. Ainsi les bases mêmes de la distinction des staıts étaient incertaines : comment la doctrine aurait-elle ı quelque certitude? En réalité, il n'y avait pas de doc:ine; c'était une lutte de la personnalité contre la réalité es coutumes féodales. Les glossateurs ont eu la gloire 'ouvrir les hostilités. Dumoulin continue leur œuvre. Au eizième siècle, on était encore en pleine réalité; Dumouin ne songea pas à nier que les coutumes fussent réelles; l le dit même en termes si absolus que le président Bouiier lui en fait un reproche : si, comme le dit Dumoulin, es coutumes sont indistinctement réelles et ne s'étendent ıas hors de leur territoire, quelle place restera-t-il à la ıersonnalité? En disant que les coutumes sont réelles, Dumoulin constatait un fait : telle était la tradition ; or, es jurisconsultes sont tous des hommes de tradition, au:un d'eux ne saurait la renier, puisque la science du lroit est essentiellement traditionnelle. Cela n'empêche ıas la tradition de se modifier insensiblement. Les glos:ateurs avaient fait un premier pas dans cette voie, et leur loctrine, qui s'était prolongée pendant des siècles, était ıussi devenue un élément traditionnel dont il fallait tenir :ompte. Les réalistes les plus décidés ne niaient pas qu'il ' eût des statuts personnels, et comment le nier quand es coutumes variaient sur les choses les plus essentielles, époque de la majorité et la capacité? En s'en tenant à la éalité des coutumes, il eût fallu dire que le même homme tait tout ensemble majeur et mineur, capable et incaable, selon qu'il se trouvait dans le territoire de la couıme ou hors de ses limites. Le bon sens repoussait ces onséquences absurdes. Dumoulin fit un pas de plus. Il y des faits juridiques qui dépendent, non de la coutume,

(1) Molinæus, *In Consuetudines parisienses*, titre des Fiefs (Op., t. I, 252, n° 30).

mais de la volonté de l'homme, ce sont les conventions. Dira-t-on que la volonté de l'homme est emprisonnée dans les limites d'une coutume? La question n'a pas de sens, puisque la coutume n'est pas en cause; les conventions dépendent, non de la loi, mais de la volonté, et la volonté de l'homme ne connaît pas de bornes territoriales; c'est chose absurde de dire que dans tel territoire la volonté de l'homme sera déterminée par tel statut local, et qu'elle sera toute différente dans un autre territoire régi par un statut contraire. La volonté humaine est toute-puissante dans le domaine des conventions; tout le monde était d'accord sur ce point. Dumoulin en déduisit une conséquence d'une haute gravité. Le contrat de mariage est la plus fréquente et la plus importante des conventions, puisqu'elle embrasse le patrimoine des époux, présent et futur; donc, dans leur ensemble, les conventions matrimoniales portent sur le territoire entier d'un pays, régi par des centaines de coutumes diverses; ces conventions seront-elles liées par les coutumes, de sorte que forcément elles varieront d'une coutume à l'autre? Une convention forcée est un non-sens; la liberté est de l'essence de tout contrat, et surtout du contrat de mariage, la plus favorisée des conventions. Partant le statut est personnel, en ce sens que les conventions matrimoniales régissent les biens des époux, quel que soit le lieu de leur situation.

Jusqu'ici il n'y a guère de doute. Mais que faut-il décider si les époux ne font pas de contrat? Dans ce cas, c'est la coutume qui établit la communauté. N'est-ce pas dire que le statut sera réel? Non, dit Dumoulin, il reste personnel, parce que la communauté statutaire dépend aussi de la volonté des parties; la volonté est tacite au lieu d'être expresse, mais qu'importe? C'est toujours la volonté humaine qui est en jeu. Ici, Dumoulin rencontra un rude adversaire, d'Argentré. J'exposerai plus loin ce débat célèbre. L'opinion de Dumoulin l'emporta. C'était une victoire décisive (1). Le jurisconsulte breton était le représentant du réalisme féodal; il dit que les coutumes

(1) Comparez le tome 1er de mes *Principes de droit civil*, n° 136, p. 206.

i régissaient la France dataient d'une époque où les verses provinces, les comtés, les duchés, étaient aunt d'Etats divers, souverains chacun dans les limites son territoire; tous ces Etats indépendants formaient ijourd'hui un seul royaume où les coutumes, expression e leur antique souveraineté, avaient été maintenues, et n ne pouvait détruire leur autorité sans ébranler les fonements de la république (1). On voit que pour d'Argentré a réalité des coutumes veut dire qu'elles sont souveraines, e qui signifie qu'elles commandent aux personnes et aux iens. Logiquement, d'Argentré aurait dû nier le statut ersonnel. S'il l'admet, c'est que la tradition et le bon ens l'y forcent, mais il le restreint à l'état des personnes, à leur capacité ou incapacité, et il ajoute une nouvelle restriction, c'est qu'il ne soit pas question de biens. Dès qu'il s'agit de biens, la souveraineté territoriale reprend son empire, et partant le statut est réel. Le légiste français reproche aigrement aux glossateurs d'avoir méconnu ce principe en personnalisant les statuts, dès que la personne y figurait et quoique le législateur ait eu en vue les biens. Leur point de départ étant erroné, d'Argentré en conclut que les conséquences auxquelles ils aboutissaient étaient fausses. C'est une réaction complète contre la personnalité. Celle-ci ne figure dans la doctrine de d'Argentré que pour la forme et en l'honneur des principes. Tout se réalise dans ses mains (2). De là son opposition contre Dumoulin. C'est une véritable guerre et une guerre à mort : d'Argentré était le défenseur du passé, de l'esprit féodal, étroit, exclusif, haineux : Dumoulin est le champion de l'avenir, d'un esprit plus large, plus humain, cosmopolite. Dans ces luttes, l'issue n'est jamais douteuse.

251. Quand je dis que le réalisme féodal fut vaincu dans la personne de d'Argentré, j'entends parler du principe, de la théorie, et non des faits. Pour comparer les petites choses aux grandes, je dirai qu'il en est des vérités juridiques comme des vérités religieuses. Le poly-

(1) D'Argentré, *Commentaire sur la coutume de Bretagne*, art. 218, Glossa A, *De statutis personalibus et realibus*, n° 2, p. 675.
(2) D'Argentré, *ibid.*, p. 677, nos 5 et 6, et p. 679, n° 16.

théisme fut vaincu du jour où la philosophie enseigna l'unité de Dieu, et néanmoins les religions anciennes se maintinrent pendant des siècles; elles luttèrent contre le christianisme, que dis-je? nos campagnes sont encore aujourd'hui païennes à bien des égards. Il en fut de même de la personnalité des lois que les glossateurs mirent les premiers en évidence; Dumoulin donna à leur doctrine une extension nouvelle et la fit prévaloir par la puissance de son nom. Mais la réalité conserva des partisans parmi les praticiens, chez d'excellents esprits, tels que les réalistes belges, et elle règne encore maintenant au sein de la race anglo-saxonne. Cette histoire du droit international privé n'a d'autre objet que de marquer les lents progrès qui s'accomplissent dans le domaine des idées.

La jurisprudence est l'expression des idées qui règnent dans le domaine du droit : quand les idées changent, que de nouveaux besoins surgissent, la jurisprudence se fait l'organe de la révolution qui se prépare. Elle a fait, en bien des matières, un nouveau code civil; c'est un mal, en un certain sens, puisque le juge n'a pas le droit de faire la loi ni de la corriger, mais c'est une nécessité; si le législateur reste dans l'inaction, la jurisprudence prendra forcément sa place. Dans le débat qui divise Dumoulin et d'Argentré, le parlement de Paris se prononça pour la personnalité du statut de communauté, au grand scandale des praticiens. Ils voulaient bien admettre un statut personnel, mais pour qu'il le fût, disaient-ils, il fallait qu'il n'y eût pas le moindre mélange de biens, que tout regardât uniquement la personne en elle-même, que s'il se trouvait dans un statut quelque chose qui regardait les biens, ce n'était pas une disposition personnelle, c'était un statut réel qui ne pouvait sortir de son territoire. Cela aboutissait à dire qu'il n'y avait point de statut personnel, car, en droit, les personnes ne figurent que parce qu'elles ont un intérêt dans un fait juridique, et l'intérêt est toujours relatif aux biens; il n'y a donc pas de statut personnel où l'on puisse faire abstraction des biens. De leur côté, les praticiens disaient que si l'on poussait à bout le système de la jurisprudence, il n'y aurait plus de statut réel;

régissaient la France dataient d'une époque où les rses provinces, les comtés, les duchés, étaient au- d'Etats divers, souverains chacun dans les limites on territoire ; tous ces Etats indépendants formaient urd'hui un seul royaume où les coutumes, expression eur antique souveraineté, avaient été maintenues, et e pouvait détruire leur autorité sans ébranler les fon- ents de la république (1). On voit que pour d'Argentré alité des coutumes veut dire qu'elles sont souveraines, ui signifie qu'elles commandent aux personnes et aux s. Logiquement, d'Argentré aurait dû nier le statut onnel. S'il l'admet, c'est que la tradition et le bon l'y forcent, mais il le restreint à l'état des personnes, ur capacité ou incapacité, et il ajoute une nouvelle riction, c'est qu'il ne soit pas question de biens. Dès l s'agit de biens, la souveraineté territoriale reprend empire, et partant le statut est réel. Le légiste fran- reproche aigrement aux glossateurs d'avoir méconnu principe en personnalisant les statuts, dès que la per- ne y figurait et quoique le législateur ait eu en vue biens. Leur point de départ étant erroné, d'Argentré onclut que les conséquences auxquelles ils aboutis- nt étaient fausses. C'est une réaction complète contre ersonnalité. Celle-ci ne figure dans la doctrine de d'Ar- tré que pour la forme et en l'honneur des principes. t se réalise dans ses mains (2). De là son opposition tre Dumoulin. C'est une véritable guerre et une guerre ort : d'Argentré était le défenseur du passé, de l'es- féodal, étroit, exclusif, haineux : Dumoulin est le mpion de l'avenir, d'un esprit plus large, plus humain, nopolite. Dans ces luttes, l'issue n'est jamais douteuse.

254. Quand je dis que le réalisme féodal fut vaincu s la personne de d'Argentré, j'entends parler du prin- , de la théorie, et non des faits. Pour comparer les tes choses aux grandes, je dirai qu'il en est des véri- juridiques comme des vérités religieuses. Le poly-

(1) D'Argentré, *Commentaire sur la coutume de Bretagne*, art. 218, n A, *De statutis personalibus et realibus*, nº 2, p. 675.

(2) D'Argentré, *ibid.*, p. 677, nºs 5 et 6, et p. 679, nº 16.

seul droit pour toute la France; les légistes du dix-huitième siècle préparèrent les esprits à cette révolution en donnant une nouvelle extension au principe de personnalité. Le droit personnel différait encore d'après la diversité du domicile, mais du moins la même personne était régie par sa coutume dans toute la France. Il restait des statuts réels, mais le nombre en diminuait singulièrement et ils allaient prendre un tout autre caractère. Au seizième siècle, la réalité des coutumes était la règle et la personnalité l'exception, d'où l'on concluait qu'en cas de doute, il fallait se prononcer pour la réalité. Au dix-huitième siècle, le président Bouhier renversa la proposition : la personnalité devint la règle et la réalité l'exception; dans le doute, on réputait le statut personnel. N'était-ce pas une subtilité de légiste pour écarter, sans que l'on s'en doutât, la réalité dans la plupart des cas? En effet, il n'y avait pas une question de statut qui ne fût controversée, surtout quand les biens étaient en cause; dire que le doute devait s'interpréter pour la personnalité, c'était presque effacer la distinction des statuts réels et des statuts personnels (1).

Les statutaires ne pouvaient pas accepter une pareille doctrine : c'eût été renoncer à des maximes qui avaient pour elles une tradition séculaire. Il y avait un élément de vérité dans leur résistance. L'homme ne se trompe jamais d'une manière absolue; si, dans son imperfection, il ne voit jamais la vérité sans nuages, par contre il y a toujours une part de vérité dans ses erreurs. Pourquoi les réalistes tenaient-ils tant à ce que les coutumes fussent réputées réelles? C'est que la réalité était l'expression de la souveraineté des coutumes; si la souveraineté était bornée à d'étroites limites, elle avait d'autant plus de ténacité. Or, l'état social a beau se modifier et la souveraineté se déplacer, il reste toujours vrai de dire que les lois qui tiennent à la conservation de la société ont un caractère absolu; c'est dire qu'elles sont réelles et qu'elles obligent l'étranger. Vainement celui-ci opposerait-il sa loi

(1) Comparez le tome Ier de mes *Principes de droit civil*, p. 207-209, nos 137 et 138.

rsonnelle, l'Etat répondrait que son droit domine le oit de l'individu. Voilà la base de la réalité, et elle est destructible. La difficulté est de préciser et de définir le tut réel ainsi entendu, mais la difficulté de l'application n'empêche point la vérité du principe. Les réalistes vaient donc se consoler de leur défaite; ils ont été inqueurs tout en étant vaincus. Chacun des deux adveres a sa part dans la victoire.

56. La personnalité tend à jouer le grand rôle dans science du droit international privé. Il nous faut donc r comment elle se détermine et de quoi elle dépend. and nous parlons aujourd'hui d'un statut personnel, st-à-dire attaché à la personne, nous entendons par là e le statut varie d'après la nationalité ou la race; en t, les motifs pour lesquels un statut est personnel nnent tous à l'origine de la personne, aux mille et une constances de climat, de mœurs, de sentiments et idées qui constituent une nation et qui ont pour conséence que l'état des personnes y diffère, ainsi que leur pacité ou leur incapacité. Le statut personnel dépennt de la nationalité, il faut, pour savoir quel est le stat d'une personne, voir à quelle nation elle appartient; est le droit national qui déterminera son statut.

Il n'en était pas de même dans l'ancien droit. Les lossateurs s'occupent rarement du conflit de lois nationales; ce n'est qu'en matière de successions que le droit e l'Europe féodale différait du droit romain, qui formait droit commun des cités italiennes; du moins, c'est cette différence qui frappait surtout les glossateurs. Un baron anglais ou français meurt laissant des biens en Angleterre ou en France, et en Italie : son fils aîné prendra-t-il seul les biens situés en Italie? Les glossateurs se prononcent pour la réalité du statut, ce qui revenait à écarter la loi nationale, quelle qu'elle fût, on n'en tenait aucun compte. Le conflit qui a donné lieu à la distinction des statuts, s'élevait entre le droit municipal des diverses cités italiennes; ce droit municipal portait le nom de statuts; de là la distinction des statuts personnels et les statuts réels qui joue un si grand rôle dans l'histoire

de notre science. Le statut personnel d'une personne, dans cet état de choses, dépendait du domicile et non de la nationalité. Il y avait de cela bien des raisons. L'idée de nationalité n'existait pas encore; en théorie, l'empereur et le pape se partageaient la domination du monde; c'était une monarchie universelle à deux têtes, et la monarchie universelle implique la négation des nationalités. De fait, l'Italie n'avait pas conscience de sa nationalité; les républiques se contentaient de la quasi-indépendance dont elles jouissaient, elles ne songeaient pas à l'unité italienne. La patrie commune n'existait pas encore, il n'y avait que des patries locales. Chaque cité avait son statut municipal, lequel formait le statut personnel des habitants; le statut de Bologne était le statut personnel des Bolonais. Néanmoins la question d'origine ou de patrie pouvait encore se présenter. Chaque cité formant un Etat, il y avait autant de patries que de cités; à la rigueur donc, le statut personnel aurait dû dépendre de l'origine; mais l'origine et le domicile se confondant d'habitude, on détermina le statut d'après le domicile; ce n'est que dans les cas où le domicile et l'origine différaient qu'on avait égard à l'origine pour déterminer le statut personnel. Cela arrivait rarement, parce que, après un séjour de quelques années, les forains étaient assimilés aux bourgeois. Voilà pourquoi les glossateurs ne s'occupent guère des difficultés très grandes auxquelles donne lieu le statut personnel dans ses rapports avec l'origine ou le domicile de la personne; ils ne discutent ces questions que lorsqu'il s'agit des charges à supporter par les bourgeois et par les forains.

257. Dans l'Europe féodale, l'idée de l'empire s'évanouit avec la domination des successeurs de Charlemagne. L'empire romain d'Allemagne, comme son nom l'indique, était limité à l'Allemagne et à des prétentions sur l'Italie; hors de là, on ne reconnaissait pas l'empereur. A la fin de la longue lutte du sacerdoce et de l'empire, la monarchie impériale ne fut plus qu'un vain mot. C'était une théorie de légiste ou de théologien, car pour les gens d'Eglise, comme pour les interprètes du droit romain

empire est toujours resté un idéal. En fait, c'était un vain titre, comme les siéges d'évêchés qui n'existent plus que dans l'histoire. C'est un écrivain ecclésiastique, Æneas Sylvius, devenu pape sous le nom de Pie II, qui constate le fait en le déplorant : « La chrétienté est un corps sans tête. Il reste au pape et à l'empereur l'éclat que donnent les grandes dignités; ce sont des fantômes éblouissants, mais ils sont hors d'état de commander, et personne ne leur veut obéir. Chaque pays est gouverné par un souverain particulier, et chaque prince a des intérêts particuliers. » C'est l'oraison funèbre de l'empire et l'avénement des nationalités. La France n'avait jamais reconnu l'autorité de l'empereur; dès le quatorzième siècle, il se trouva un légiste qui nia l'idée même de l'empire. L'auteur du *Songe du Vergier* rejette l'idée de monarchie universelle; il nie qu'elle soit fondée sur le droit divin, comme on le prétendait au moyen âge. Qu'est-ce que la monarchie de Rome? « C'est le produit de la violence et de l'injustice; elle va contre l'ordonnance de Dieu, qui a divisé les seigneuries du monde entre les rois, les ducs et les princes (1). » Ainsi les nations sont de Dieu : c'est dire qu'à elles appartient la souveraineté, et non au pape et à l'empereur. Les légistes finirent par se moquer des prétentions de l'empire. « Si les empereurs, dit Alciat, se proclament les maîtres du monde, c'est par *hyperbole;* en tout cas, il ne faut pas les croire, parce que personne ne peut être témoin dans sa propre cause (2). »

Il n'y a plus une trace du cosmopolitisme des glossateurs chez les statutaires; ils sont Français, Belges, Allemands. On pourrait croire, d'après cela, qu'ils traitent du conflit des lois nationales et que notre science va devenir le droit *international* privé. Toutefois cela n'est point. Il est rare que les légistes du seizième et du dix-huitième siècle s'occupent du conflit des lois étrangères avec leurs lois nationales; les auteurs français ont écrit

(1) Voyez les témoignages dans mes *Études sur l'histoire de l'humanité*, t. VI (*la Papauté et l'Empire*), p. 322 et suiv.
(2) Alciat., *in Cod., De summa Trinitate*, n° 3 (*Opera*, t. III, p. 3).

celles de France, il en résultait un air de pare
mettait de les assimiler. On sait d'ailleurs les
de la monarchie française et des légistes fra
citerai tantôt un curieux témoignage : n
Belges du Midi et Belges du Nord, nous som
Français, quoi que nous fassions, puisque nou
partie du royaume des Franks et de l'empire
magne. Donc les statutaires ne dépassaient pa
et la Belgique : les centaines de coutumes qu
saient donnaient lieu journellement à des co
les nombreuses questions de statuts que les co
à décider ; elles forment toute une littérature.

On est étonné, au premier abord, que la ju
et la doctrine n'aient pas décidé des difficult
international proprement dit. Les nations éta
tuées, elles avaient des rapports qui allaient to
en s'étendant, et néanmoins il ne se présent
parlement de Paris des causes internationale
cela une raison qui ne fait pas honneur à la roy
légistes. Pour qu'il puisse s'agir d'un conflit e
des divers pays, il faut que les étrangers jo
droits civils. Or, en France, ils n'en jouissa
C'est la doctrine romaine, et les légistes l'a
avec une rigueur de fer. De là le droit d'aubai
les étrangers du droit civil, s'emparer des
laissaient à leur décès, était un moyen de les é
sol inhospitalier. Il me répugne d'écrire ce m
est l'expression de la vérité. Les Français et les

droit d'aubaine en leurs terres sur les originaires de ce royaume; partant, il a été raisonnable que le roi ait pris pareil droit en son royaume sur ceux qui y venaient demeurer et n'étaient natifs de celui-ci (1). » Bacquet se trompe; j'ai cité la constitution de Frédéric II qui, dès le treizième siècle, permit aux étrangers de disposer de leurs biens et de succéder à leurs parents étrangers ou indigènes; cette loi passa dans le corps de droit romain à titre d'authentique, mais elle ne fut jamais reçue en France. La vraie source du droit d'aubaine, c'est la doctrine qui exclut les étrangers du droit civil, et, par suite, du droit héréditaire. Eh bien, cette doctrine prévalut en France, grâce à l'aveugle respect des légistes pour le droit romain, et, il faut le dire, par suite de leur respect tout aussi aveugle pour les prérogatives de la royauté. Les étrangers ne tenaient pas à être dépouillés de leurs biens au profit du roi; ile ne s'établissaient pas en France et privaient ainsi le royaume du profit qu'il aurait retiré de leurs capitaux et de leur industrie, avantage mille fois plus considérable que les quarante mille écus que valait le droit d'aubaine (2).

258. Il résulta de cet état de choses une conséquence très importante et qui a eu un long retentissement dans notre science. Les statutaires français et belges ne s'occupent pas des lois étrangères; la pratique ignorait ces conflits, et les légistes étaient tous des praticiens. Les statuts dont ils parlent sont ceux des coutumes nombreuses qui régnaient en France et dans les provinces belgiques. Quand il est question du statut personnel d'une personne, il s'agit de la coutume à laquelle cette personne est soumise par son domicile. L'origine ou la nationalité n'est plus prise en considération; elle est hors de cause, car toutes les personnes qui figuraient dans la jurisprudence et dans la doctrine étaient françaises, toutes avaient la même nationalité; la grande patrie avait absorbé les petites patries qui existaient sous le régime féo-

(1) Bacquet, *Du Droit d'aubaine*, part. I, ch. V, n° 5 (*Œuvres de Bacquet*, t. II, p. 12).
(2) Voyez le t. Ier de mes *Principes de droit civil*, p. 535, n° 427.

dal. Il ne restait des vassalités féodales que les coutumes qui s'étaient formées pendant les longs siècles qui précédèrent la formation de l'unité nationale. Par quel fait était-on assujetti à ces coutumes locales? Par le domicile. C'est donc le domicile qui déterminait le statut; il en devait être ainsi, en France comme en Italie, et à plus forte raison; car les cités italiennes étaient de fait souveraines, tandis que les villes et les villages de France avaient perdu tout souvenir de leur ancienne existence particulière; c'est à peine si ce souvenir se conservait dans quelques provinces. Par cela même que l'élément de nationalité se perdait, le principe du domicile devait l'emporter. A la rigueur, on aurait dû s'enquérir de l'origine des personnes, puisque dans le système de la réalité des coutumes, celles-ci étaient l'expression de la souveraineté locale; il y avait donc encore, au point de vue du droit privé, une espèce de nationalité, et partant le statut personnel était un statut national. Mais cette théorie ressemblait singulièrement à une fiction depuis la chute des petits Etats féodaux, et le souvenir de leur indépendance allait tous les jours en s'affaiblissant. L'application de la théorie eût été très difficile : comment savoir si l'habitant de telle commune était originaire de la châtellenie que la coutume représentait? Il était plus simple de s'en tenir au domicile actuel, ce qui prévenait toute difficulté. C'est la remarque de Bourgoingne, notre excellent légiste (1).

On voit que si, dans la doctrine des statutaires, le statut se détermine d'après le domicile, c'est parce que le conflit des statuts se présentait entre les coutumes d'un seul Etat et entre indigènes. Dans cet état de choses, la nationalité n'était pas en jeu et ne pouvait être prise en considération. Aujourd'hui il n'en est plus de même. Le débat s'élève entre des lois nationales; quand on parle d'un statut personnel, on entend le statut national d'un étranger. Est-ce par le domicile que l'on connaît la nationalité? La question n'a point de sens. Cependant, il y a

(1) Burgundus, *Ad consuetudines Flandriæ* Tractatus, II, nos 5 et 9 (*Opera*, p. 18.)

es auteurs modernes, et des plus autorisés, tels que avigny, qui maintiennent le domicile comme principe du tatut personnel. A mon avis, c'est une erreur quand il st question du droit civil international proprement dit. Ce que je viens de dire de la doctrine des statutaires uffit pour le prouver : s'ils ont préféré le domicile à l'origine, c'est parce que la nationalité était hors de cause ; il ne s'agissait que du conflit des coutumes dans un seul et même Etat. Aujourd'hui les coutumes ont fait place à un droit unique dans chaque pays ; quand un conflit s'élève entre des droits différents, il s'agit de lois étrangères. Le changement est radical et il conduit à un changement de principe : le domicile doit faire place à la nationalité.

II. *Droit des étrangers. Droit d'aubaine.*

259. Montesquieu impute le droit d'aubaine aux peuples du Nord comme marque de leur barbarie. Un légiste français va nous dire quels sont les vrais coupables. Bacquet a écrit un traité sur le droit d'aubaine (1) ; je lui emprunterai ce que j'en ai à dire. C'est un excellent légiste ; si je me permets de lui faire des reproches, ils s'adressent moins à lui qu'aux admirateurs aveugles du droit romain qui le vénéraient comme la raison écrite ; c'est de la superstition, et la superstition est toujours malsaine.

Aux yeux de Bacquet, la *pérégrinité* est une *macule* que les lettres de naturalité peuvent seules effacer (2). Quelle est la source de cette tache originelle, espèce de lèpre morale? Le légiste français raconte que Louis XII ne voulut point marier sa fille à un prince étranger : « Sachant très bien qu'au cœur de l'étranger haut élevé, il y a toujours soupçon de quelque poison caché, je n'ose dire trahison. Aussi on tient pour règle générale que la nation étrangère détruit et ruine le royaume et la terre

(1) Il se trouve dans le deuxième volume de ses Œuvres (Lyon, 1744).
(2) Bacquet, *Du Droit d'aubaine* (t. II, p. 106, n° 4).

où elle vient habiter. » Bacquet cite les Goths qui détruisirent l'empire romain où ils avaient reçu l'hospitalité (1). Il est inutile de discuter ces griefs ; l'histoire les explique, sans que l'on en puisse induire que tout étranger est nécessairement un traître.

Ce n'est pas seulement dans les relations politiques que les étrangers sont des traîtres ; leur foi est tout aussi suspecte dans les affaires privées ; voilà pourquoi on les contraint de donner caution quand ils intentent une action en justice. On ne les reçoit pas à faire cession de biens : « Autrement, dit Bacquet, ils pourraient à leur avantage sucer le sang et la moelle des Français, puis les payer en faillites (2). » Quelle verdeur de haine ! Bacquet serait-il par hasard un descendant de ces hommes du Nord qui inventèrent le droit d'aubaine ? Lui-même va nous dire où il a puisé ses mauvais sentiments : « Le nom d'étranger a toujours été *odieux*. Les *Grecs* appelaient les étrangers *ennemis*, comme aussi faisaient les *Latins* (3). » Ainsi c'est à nos maîtres en civilisation que remonte l'antipathie, l'hostilité, disons mieux, la haine qui nous choquent tant dans l'ouvrage de Bacquet. C'est aussi dans le droit qui passait pour la raison écrite que se trouve l'origine et la justification du droit d'aubaine, tel que les légistes l'entendaient. Dans ce que je vais dire du droit romain, je ne fais qu'exposer les idées de nos vieux auteurs.

260. Les Romains n'accordaient aux étrangers que la jouissance des droits qui appartenaient au droit des gens (*jus gentium*), pour marquer que ces droits étaient communs à tout le genre humain, tandis qu'ils refusaient aux étrangers la participation au droit civil de Rome : il fallait être citoyen romain pour en jouir. Bacquet cite les textes et s'approprie la doctrine romaine comme faisaient tous les légistes français (4). De là découle logiquement le droit d'aubaine. Il était de principe que l'étranger ne pouvait disposer des biens qu'il avait en France que jusqu'à

(1) Bacquet, *Du Droit d'aubaine* (t. II, p. 7, nos 18 et 19).
(2) Bacquet, *Du Droit d'aubaine* (t. II, p. 51, nos 7 et 8).
(3) Bacquet, *Du Droit d'aubaine* (t. II, p. 6, no 14).
(4) Bacquet, *Du Droit d'aubaine* (t. II, p. 82, nos 4 et 5).

q sols parisis et au-dessous : cette singulière limitation
nt du droit qui régissait les serfs, et on leur assimilait
étrangers, au moins à leur mort. La raison juridique
t que les étrangers ne jouissaient pas du droit civil;
acquet le dit en latin, afin que l'on ne puisse se tromper
r les causes de l'incapacité : *Testamenti factio est juris*
vilis, et le droit civil est propre aux citoyens romains,
rtant l'étranger est *intestabilis in Gallia*. Voilà une
émonstration en règle. Même raisonnement pour les
ccessions *ab intestat*. L'étranger ne peut succéder en
rance, parce que succéder est un droit civil et le droit
vil est propre aux seuls citoyens; le droit héréditaire
st l'œuvre de la loi, et la loi ne connaît pas les étran-
ers. Bacquet ajoute une raison qui ne témoigne guère
our les rois et les légistes ; en excluant les étrangers, ils
imaginaient que tel était l'intérêt de la France : « Joint
ue par les lois et ordonnances du royaume, *conformes à*
a disposition du droit, il est défendu de transporter l'or
t l'argent hors de France, ce qui adviendrait si l'étran-
er succédait à l'aubain, car incontinent après avoir ap-
réhendé la sucession, il vendrait les biens et se retire-
ait hors du royaume (1). » Preuve que rien n'est aveugle
omme l'intérêt !

On voulait bien permettre aux étrangers les actes du
roit des gens : acheter, vendre, donner. En ce sens, on
isait qu'ils vivaient libres et qu'ils mouraient serfs (2).
elle liberté ! Pourquoi acquiert-on ? Pourquoi tra-
aille-t-on ? N'est-ce pas pour transmettre ses biens à
es enfants ? Bacquet avoue que l'étranger ne jouit pas de
entière liberté du Français : il est *maculé*, comme qui
irait impur. Toutes les iniquités de l'ancien droit se ren-
ontrent dans le droit d'aubaine; il faut ajouter que les
is et les légistes ont trouvé moyen de renchérir sur la
reté que l'on reproche au moyen âge.

261. Les enfants mêmes de l'aubain n'étaient pas ad-
is à lui succéder, à moins qu'ils ne fussent nés en

(1) Bacquet, *Du Droit d'aubaine* (t. II, p. 53, nos 1-3, et p. 88, nos 1-4).
(2) Bacquet, *Du Droit d'aubaine* (t. II, p. 53, n° 4).

France, de femmes y prises, et demeurant dan royaume; cela même était controversé, car les Franç en principe, ne pouvaient pas plus succéder à l'aul que les étrangers (1). Sous le régime féodal, le baron s cédait à l'aubain qui décédait sans *lignage*, c'est-à-(sans postérité. Les rois disputèrent ce droit aux baro et, avec l'aide des légistes, ils l'emportèrent. A la fin quatorzième siècle, il était reconnu que le roi succéd aux aubains qui trépassaient sans *convenable héritier* Ainsi la barbarie féodale tenait compte du droit des fants, et les rois eux-mêmes, quand ils réclamèrent droit d'aubaine, réservèrent les droits des *convenal héritiers,* ce qui devait s'entendre au moins du ligna Comment se fait-il que les enfants furent dépouillés leur héritage par les rois? C'est que les enfants at étaient étrangers ; or, un étranger ne pouvait avoir d' ritier, et un étranger était inhabile à succéder. Ceci n' plus la théorie du moyen âge, c'est la théorie des dro civils, et celle-là ne procède pas de la féodalité : elle vi de Rome. Les légistes dépouillèrent l'étranger de sa p sonnalité juridique, ils le déclarèrent incapable de t droit civil; par suite, l'aubain ne pouvait ni transmet ni recueillir une hérédité; il mourait serf, c'est-à-d sans droit.

Au moyen âge, il y avait aussi telles terres où l'aub devenait serf, mais, dit Beaumanoir, cela ne s'appli point au gentilhomme de lignage. Les étrangers étai assimilés aux serfs et les nobles ne pouvaient être de s vile condition. J'ai dit plus haut que le privilége fut c sacré par les coutumes (n° 191); on l'observait encore seizième siècle (3); il disparut devant la logique des gistes. Aucun étranger ne jouissait des droits civils, fû prince; il est vrai que les rois se qualifient de frères; v

(1) Papon, *Recueil d'arrêts*, t. I, p. 249, n° 4. Bacquet, t. II, p. 92, n° Argo (*Institution au droit français*, t. I, p. 86) dit que l'on se relâ de cette rigueur, et que l'on se contenta d'exiger que les enfants fus regnicoles.

(2) Lettres patentes de Charles VI, du 5 septembre 1386 (Brussel, *Fiefs*, t. II, p. 949).

(3) Coquille, *Institution au droit français* (Œuvres, t. I, p. 122).

son de mots : au fond, ils sont ennemis-nés, et comment l'ennemi aurait-il un droit (1)? C'est toujours la rigueur romaine, elle est plus dure que l'âpre cupidité des barons féodaux : « Les aubains n'ont pas la communion de notre droit civil français », dit Coquille (2); cela veut dire qu'ils sont sans droit. L'équité protestait vainement contre cette dureté; à l'aubain qui osait se plaindre, les légistes répondent : « Si l'étranger a été assez *présomptueux* et *téméraire* de venir demeurer et acquérir en France sans la permission du roi, il est raisonnable que le roi seul lui succède en tous ses biens acquis au royaume (3). » Ainsi s'établir en France, s'y enrichir, devenir propriétaire, est une *présomption téméraire!* Il est certain que c'était une folie, et, de fait, très peu d'étrangers s'en rendaient coupables; personne n'est tenté de travailler pour laisser le produit de son travail au roi.

262. On disait que l'étranger, quoique mourant serf, vivait libre en France. Nous allons dire ce que devenait cette liberté en temps de guerre, et quand n'y avait-il pas guerre? Les hostilités étaient presque permanentes. «Quand elles éclatent, dit Bacquet, les habitants des Pays-Bas sont les premiers qui plus animeusement mettent la main aux armes, font les premières incursions, ravages et oppressions au royaume de France (4). » Les rois donnaient à leurs sujets l'exemple de la barbarie. « Pour cette cause, continue notre légiste, le roi fait saisir pendant le temps de guerre tous les fiefs, terres, seigneuries et héritages étant au dedans du royaume de France appartenants à tous étrangers et rebelles, même aux Flamands, Hanoyers et autres habitants des Pays-Bas. Et pendant le temps de guerre, fait siens les fruits de tels héritages, offices et bénéfices par droit de marque et représailles. Le roi fait siens et peut librement disposer et donner, non seulement les fruits des héritages appartenant à ceux des Pays-Bas, mais aussi des meubles qui leur appartiennent

(1) Bacquet, *Du Droit d'aubaine* (t. II, p. 88, nos 3 et 4, et p. 97 et 98.)
(2) Coquille, *Coutume du Nivernais*, titre des *Successions* (t. I, p. 367).
(3) Bacquet, *Du Droit d'aubaine* (t. II, p. 84, no 3).
(4) Bacquet, *Du Droit d'aubaine* (t. II, p. 26, no 6).

par deçà, comme or et argent, marchandises, dettes actives, mais aussi toutes choses réputées meubles, même les rentes constituées, lesquelles par les coutumes étaient réalisées immeubles. Enfin, pendant la guerre, est permis à un particulier, en vertu de lettres patentes, prendre un Flamand, Hanoyer, ou autre sujet du roi d'Espagne, trouvé au royaume de France, et le tenir prisonnier jusqu'à ce qu'il ait indemnisé le particulier de la rançon par lui payée, ou de la marchandise sur lui prise (1). »

Bacquet trouve ce droit de saisie, exercé sur les personnes et les choses, juste et raisonnable, parce que le roi d'Espagne en faisait tout autant à l'égard des Français. Les Espagnols, de leur côté, disaient qu'ils agissaient ainsi par représailles. Ainsi il était juste et raisonnable de dépouiller les étrangers de leurs biens mobiliers, et de saisir leurs héritages pour s'emparer des fruits! Il était juste et raisonnable que le premier venu mît la main sur un étranger et le tînt prisonnier à titre de représailles! Les violences étaient journalières, et une violence légitimait l'autre. Cela s'appelait vivre libre en France en temps de guerre!

263. Revenons au droit d'aubaine. Bacquet l'appelle un des fleurons de la couronne de France (2). C'était un droit essentiellement fiscal; on serait donc tenté de croire qu'il produisait des millions. Eh bien, ce droit si précieux ne rapportait que quarante mille écus par an (3), et Dieu sait ce que la France perdait en écartant de son sol, par une législation inhospitalière, l'industrie et le commerce des étrangers. Un revenu de quarante mille écus peut-il être qualifié de *fleuron de la couronne de France?* Cela prouve que les étrangers fuyaient la France, malgré le charme de la sociabilité française, et quand ils s'y établissaient, ils prenaient soin, autant que cela dépend de l'homme, de n'y point mourir. Il ne devait pas y avoir un étranger riche en France, sinon une seule succession aurait dépassé le montant du droit d'aubaine. Ce droit est

(1) Bacquet, *Du Droit d'aubaine* (Œuvres, t. II, p. 30, nos 29 33).
(2) Bacquet, *Du Droit d'aubaine* (t. II, p. 12, no 2).
(3) Voyez le tome Ier de mes *Principes de droit civil*, p 536, no 427.

odieux que les rois avaient consenti de nombreuses
:eptions, tantôt en faveur des commerçants étrangers
venaient trafiquer en France, tantôt par des traités
paix qui stipulaient la réciprocité du droit de succéder
faveur des sujets des parties contractantes. Il y a une
eption qui mérite d'être signalée comme témoignage
l'ambition, disons mieux, de la vanité des rois. On di-
, que les habitants de la Gaule belgique étaient tou-
rs Français comme ayant fait partie du royaume des
nks et de l'empire de Charlemagne. Le roi invoquait
titres plus sérieux pour ce qui concernait la Flandre;
omté avait toujours relevé de sa couronne jusqu'au
té de Madrid, et le traité ayant été consenti sous l'em-
de la contrainte et suivi des protestations de Fran-
Ier, on n'en tenait aucun compte. J'ai exposé ailleurs
étranges prétentions en vertu desquelles Louis XIV
vait se dire le monarque de l'Europe (1). Les légistes
faisaient aucun doute. « Il est certain, dit Bacquet,
le roi est le vrai, naturel et souverain seigneur de la
ndre et lieux circonvoisins, et que cette souveraineté
inaliénable de la couronne de France. » La consé-
nce était évidente : les Flamands étant sujets du roi,
ne pouvait leur appliquer le droit d'aubaine (2).
es légistes prétendaient encore que les Milanais qui
aient demeurer en France étaient vrais Français, tout
i que les Flamands, « d'autant que le duché de Milan
timement et héréditairement appartenait au roi de
nce et était le vrai patrimoine de la maison d'Or-
ns. » Les rois se prêtaient volontiers à ces fictions qui
aient leur orgueil : aussi n'accordaient-ils pas des
es de naturalité aux originaires du duché de Milan,
s simplement des *lettres de déclaration* portant qu'ils
ent ses *vrais et naturels sujets* (3).
es Flamands, par prudence et pour se mettre à l'abri
poursuites du fisc, prenaient aussi des lettres de dé-

Voyez le tome XI de mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité* (*La ligue royale*), p. 20, n° 3
Bacquet, *Du Droit d'aubaine* (t. II, p. 25, nos 1-3, et p. 26, n° 10).
Bacquet, *Du Droit d'aubaine* (t. II, p. 31, nos 37-39).

claration. On y lit que le comté de Flandre est de l'ancien patrimoine et domaine de la couronne de France, et dit le roi : « Nous avons toujours entendu et entendons que les natifs et originaires du comté de Flandre soient tenus, censés et réputés nos vrais et naturels sujets. » Puis le roi déclare que le suppliant est réputé Français et qu'il ne sera pas sujet au droit d'aubaine (1).

264. Comme ce n'étaient guère que les voisins de la France qui venaient s'y établir, soit pour des motifs d'affaires, soit pour des relations de famille, ils avaient besoin de se pourvoir de lettres de déclaration; ils échappaient par là au droit d'aubaine. Il en résulta que le prétendu fleuron de la couronne fut d'un si mince profit que les rois étaient, sans doute, honteux de le garder pour eux; ils en faisaient cadeau à un favori ou à une favorite, à un valet de chambre de la reine ou à une dame de la cour. Dès qu'il s'ouvrait une succession d'un aubain, on voyait ces oiseaux de proie prendre leur vol à la résidence du roi, lequel leur faisait don de cette épave. Ce qui prouve que c'était un usage général, c'est qu'il y a toute une jurisprudence sur les *donataires du roi;* ce sont toujours ceux-ci qui figurent dans les procès auxquels donnait lieu la succession de l'aubain, ce n'est jamais le fisc (2).

Voilà un chapitre à ajouter à la glorification de la politique royale. Que l'on flatte les rois de leur vivant, soit; mais, du moins, les historiens ne devraient pas continuer le rôle des flatteurs, en glorifiant les rois d'avoir été les fondateurs des nations. Nous avons dit ailleurs quelle était l'ambition puérile de François I[er] et quel était l'égoïsme monstrueux de Louis XIV (3); ce n'est pas sur des bases pareilles que s'élèvent les nationalités. On voit dans la matière du droit d'aubaine quelle était l'ignorance et quel était l'aveuglement de ceux qui dirigeaient les destinées de la France. L'égoïsme engendre toujours l'étroitesse d'esprit; les grandes pensées viennent du

(1) Bacquet, *Du Droit d'aubaine* (t. II, n[os] 6 et 7, et p. 38 et 39).
(2) Bacquet, *Du Droit d'aubaine* (t. II, n° 11; p. 34, n[os] 50 et 51; p. 110, chapitre XXXVI.
(3) Voyez mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. XI (*Politique royale*).

ır. Voilà des rois qui sacrifient l'intérêt le plus vital leur royaume, l'industrie, le commerce, les sources de richesse publique et privée, en écartant les étrangers n sol inhospitalier, et cela pour s'emparer de quelques tives successions qui n'enrichissent pas même leurs oris; c'était une bonne aubaine pour quelque valet de ımbre ou quelque favorite de bas étage.

Les légistes aussi jouent un vilain rôle dans l'histoire droit d'aubaine. Ce sont eux qui ont créé ce droit si odieux qu'impolitique, en ressuscitant la doctrine jurisconsultes romains, concernant la jouissance des its civils. Voilà les vrais coupables de la barbarie dé-ıcée par Montesquieu. Il fallut une révolution pour ruire le droit d'aubaine, ainsi que tous les abus de vieille royauté. Heureusement qu'il se trouva des losophes pour la préparer; les légistes auraient con-ıé à célébrer le droit d'aubaine comme un fleuron de couronne de France.

265. Bacquet dit que les étrangers étaient frappés tout de la même incapacité, notamment de l'incapacité tester (1). Cela n'est pas exact. J'ai déjà dit qu'en Alle-gne la constitution de Frédéric II assimilait l'étranger indigène; si le droit d'aubaine y était pratiqué, c'est à e de représailles. Dans les provinces belgiques, l'étran-était admis à succéder, sauf qu'il devait payer un it d'issue, ou de détraction, à raison des biens qu'il nsportait en pays étranger (2). Toutefois, il y a bien des ertitudes sur la condition de l'étranger dans notre an-n droit. Christyn invoque la constitution de l'empereur édéric (3), mais à quel titre cette constitution aurait-elle applicable dans nos provinces? On ne le sait. Est-ce ce qu'elle fut insérée dans le corps de droit romain nme authentique? Cela supposerait que le droit romain ıit partout force de loi, ce qui n'est point. Il est certain , dans le Hainaut, on pratiquait le droit d'aubaine, et

) Bacquet, *Du Droit d'aubaine* (t. II, p. 53, n° 2).
) Burgundus, *Ad consuetudines Flandriæ* (Opera, p. 73, n° 5). Christyn. *isiones*, t. V (Decis. 228, n° 29), p. 347.
) Christyn. *Decis.*, t. V (Decis. 228, n° 1), p. 346.

l'on y considérait comme étrangers même les habitants des autres provinces belgiques (1). D'un autre côté, on lit dans les Arrêts du Grand Conseil de Malines publiés par le comte de Coloma : « Nos mœurs ont entièrement aboli le droit d'aubaine. » Ce serait donc désuétude. De Ghewiet se borne à constater comme un point de fait que le droit d'aubaine n'a pas lieu, dans le ressort du parlement de Flandre, « pour les *sujets* qui y sont tenus pour *regnicoles* ». La rédaction est si mauvaise que l'on ne sait pas ce que l'auteur veut dire; ailleurs il ajoute : « Encore même que l'héritier demeure hors de la Flandre dans un pays où les étrangers n'héritent pas. » En s'en tenant à cette dernière proposition, il faudrait dire que l'étranger était toujours admis à succéder. Bacquet lui-même convient qu'il n'y avait pas de droit d'aubaine en Flandre ni au pays de Namur (2). Il faut ajouter la coutume d'Artois, qui porte, article 40 : « En Artois, on n'use point d'aubanité (3). »

N° 2. CHARLES DUMOULIN.

1. *Dumoulin traditionnaliste tout ensemble et novateur.*

266. C'est un axiome vulgaire du droit français, dit Bouhier, que *toutes coutumes sont réelles*. Il faut même, ajoute le savant magistrat, que cet axiome fût encore dans toute sa vigueur lorsque Dumoulin écrivit ses notes ou apostilles sur les *Conseils* d'Alexandre, car il y donne cette maxime générale : « *Teneas indistinctè quod statuta vel consuetudines, tanquam reales, non extenduntur ultra sua territoria* »; le mot *indistinctè* ne souffre aucune exception à la règle. « Mais, continue Bouhier, les réflexions de ce grand homme ne tardèrent pas à lui faire ouvrir les yeux sur les inconvénients de cette rigoureuse jurisprudence. En effet, il y a plusieurs choses, par rapport à

(1) Christyn. *Decis.*, t. V (Decis. 228, nos 43 et 44), p. 348.
(2) Bacquet, *Du Droit d'aubaine* (t. II, p. 26 et 27, nos 10 et 13, et p. 44, n° 3).
(3) Voyez les détails et les témoignages dans le discours prononcé par l'avocat général Keymolen, à l'audience de rentrée de la cour de Gand du 16 octobre 1865 (Gand, 1865), p. 25-32.

néral et capacité des personnes sur lesquelles les
s sont fort différentes, comme sur l'âge de la ma-
ır celui de tester, etc. Que si l'on s'en tient, à cet
à la réalité des coutumes, il s'ensuivra que dans
même homme sera majeur, tandis qu'il sera
lans une autre, et que dans l'une, il aura atteint
ité de tester, tandis que dans une autre, il ne
as encore. Toutes lesquelles différences et plu-
utres ne peuvent manquer de causer de grands
s dans la société civile (1). »

ulin admet la distinction des statuts en réels et
els, sans donner les raisons que le président
semble mettre dans sa bouche. Comment saura-
el statut est réel ou personnel? Dumoulin rejette
pe que Bartole avait mis en avant, par la raison
purement *verbal;* il n'en propose pas un autre et
t au terme de statut *réel,* c'est-à-dire ayant pour
e *chose.* Quant au statut personnel, c'est celui qui
bjet la personne, ou, comme Dumoulin s'exprime,
sur la personne : *Agit in personam.* Quel est
ce statut? Dumoulin répète ce que les glossateurs
déjà dit, que le statut personnel ne concerne pas
ıgers, il ne les habilite pas et ne les inhabilite
qui est d'évidence, une fois que l'on admet la per-
é des statuts qui règlent l'état et la capacité ou
cité d'une personne; le statut personnel la suit
partant elle est partout capable ou incapable,
soit le statut du lieu où elle se trouve. Il y a une
ion de ce principe qui n'est pas douteuse : le sta-
e que le mineur de vingt-cinq ans ne peut contrac-
ec le consentement de ses parents et l'autorisation
; le mineur ne pourra pas donner à bail les biens
ssède dans le lieu de son domicile, quand même
acterait ailleurs, dans une coutume qui n'exige
s conditions, car il reste incapable, et la coutume
e peut pas lui donner une capacité que son statut

(1) ...ier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne,* cha-
II, n[os] 39 et 40 (Œuvres, t. 1, p. 659).

personnel lui refuse. Mais que faut-il décider si le mineur a des biens situés sous l'empire d'une coutume qui lui permet de contracter sans consentement des parents ni autorité du juge? Le statut personnel cède alors devant le statut réel. Le statut qui l'inhabilite ne peut avoir d'effet sur des biens situés en dehors des limites du territoire. On objecte que celui qui est placé sous tutelle est incapable partout et quelle que soit la situation des biens. Dumoulin répond qu'il y a une différence entre les deux hypothèses : que, dans la première, il s'agit d'un statut, et que, dans la seconde, on invoque le droit commun, et par une interprétation passive de la loi laquelle s'étend à tous lieux. Sur ce point encore, le légiste français était d'accord avec les glossateurs, bien que ceux-ci ne fissent pas valoir la même raison (1). Je ne sais ce que Dumoulin entend par *interprétation passive* de la loi, et je ne comprends pas la différence qu'il établit entre deux espèces où il s'agit également de l'incapacité, c'est-à-dire d'un statut personnel. C'est, en définitive, sacrifier la personnalité à la réalité, dans une matière où la personnalité devrait l'emporter, puisqu'il s'agit de l'état de mineur et de l'incapacité qui en résulte (2).

267. La source de ces difficultés est dans la division des statuts telle que Dumoulin l'admet. Bouhier dit qu'il commença par enseigner que tous les statuts sont réels, sans distinction aucune, de sorte qu'il n'aurait pas reconnu de statuts personnels. C'est peut-être trop dire. Toutefois, il est certain que, dans l'opinion de Dumoulin, la réalité reste la règle et que la personnalité forme l'exception. Il ne le dit pas, mais il raisonne en conséquence. Cette doctrine conduit à des conflits incessants entre le statut réel et le statut personnel, car il n'y a guère de statut purement et exclusivement personnel; si

(1) Molinæus, *Commentarius in lib. I Codicis, De summa Trinitate* (Op., t. III, p. 556).

(2) Comparez la critique que Boullenois fait de la doctrine de Dumoulin (*Traité des statuts*, t. I, p. 87-93). La critique est aussi obscure que l'opinion de Dumoulin. Je reviendrai sur la scolastique de Boullenois. Dans l'espèce, il a raison : le statut est personnel, donc il s'étend même aux biens situés hors du territoire.

la loi ou la coutume règle l'état des personnes, en les déclarant capables ou incapables, c'est surtout en vue de leurs biens; donc le statut personnel se heurte à chaque pas contre un statut réel. Lequel l'emportera dans ce conflit? Dumoulin n'a pas de principe certain pour vider le conflit, et, il faut l'avouer, aucun statutaire ne nous apprend quelle est, en cas de conflit, la limite précise à laquelle s'arrête la personnalité pour faire place à la réalité. Le conflit est insoluble, parce qu'il tient à la distinction et à la coexistence de deux espèces de statuts, alors que, d'après les vrais principes, toute loi est personnelle quand l'intérêt privé est seul en cause, et qu'il n'y a de lois réelles que celles qui tiennent au droit public et à l'intérêt général. Dans la doctrine traditionnelle, le conflit est décidé, tantôt en faveur du statut personnel, tantôt en faveur du statut réel, selon que l'auteur donne plus à la personnalité ou à la réalité. Il y a plus : les inconséquences et les contradictions ne manquent pas chez un seul et même jurisconsulte, sans excepter le plus grand de tous, Dumoulin, ce qui est inévitable dans une matière où, à défaut de principes certains, chacun se crée des principes pour le besoin de la cause.

Dumoulin suppose que le statut porte principalement sur la personne et qu'il porte aussi sur les biens par voie de conséquence; ce statut ne s'étendra pas sur les biens situés dans des lieux où, soit le droit commun, soit une coutume locale contiennent une disposition contraire. Pourquoi la réalité l'emporte-t-elle ici sur la personnalité? Dumoulin ne le dit point; je ne vois d'autre raison que l'autorité qui, en France, s'attachait encore à la réalité, et qui faisait dire à Dumoulin que toutes les coutumes sont réelles. La décision s'explique par la tradition, mais par cela même, elle est en opposition avec le nouveau principe de la personnalité que les glossateurs avaient mis en avant et que Dumoulin adopte. Aussi sa réponse n'est-elle pas absolue, il la modifie dans le sens de la personnalité en faisant une restriction qu'il emprunte à Bartole. Quand un statut écarte un empêchement personnel, et que, par suite, la personne acquiert une pleine

liberté d'action, elle pourra invoquer sa capacité partout même pour les biens situés sous une coutume qui a une disposition contraire. La réserve est très obscure. Voici l'exemple donné par Bartole que Dumoulin reproduit en substance. Le statut dispose que le fils de famille peut tester; ce qui l'empêchait de faire un testament, c'est la puissance paternelle; le statut lève cet empêchement et lui donne par là une capacité pour cet acte juridique; le législateur qui aurait pu l'affranchir entièrement de la puissance paternelle peut aussi l'en affranchir en partie et avec le même effet, à savoir que le fils de famille sera capable de tester partout, quand même les biens seraient situés sous une coutume où l'empêchement subsisterait (1). Reste à savoir pourquoi le statut personnel qui, en général, est tenu en échec par le statut réel, l'emporte sur la réalité du statut; pourquoi il étend ses effets partout quand il lève un obstacle et que, par suite, il rend la personne capable d'agir. Est-ce que tout statut personnel, par son essence, ne doit pas avoir effet partout, soit qu'il écarte un empêchement, soit qu'il déclare une personne capable, sans qu'il y ait un empêchement à lever? En définitive, je ne vois pas de raison pour laquelle le statut personnel étend son effet sur tous les biens quand il lève un empêchement, tandis qu'il est arrêté par le statut réel, alors qu'il ne lève pas un empêchement. Est-ce l'autorité de Bartole, c'est-à-dire de la tradition, qui a entraîné Dumoulin? Ce serait un exemple remarquable de l'influence, disons mieux, de la tyrannie que la tradition exerce dans notre science sur les meilleurs esprits.

Si, au moins, la doctrine que Dumoulin a empruntée à la tradition était conséquente! Je viens de rapporter une décision (n° 262) qui se concilie difficilement avec celle que je me permets de critiquer. Le statut qui défend au mineur de contracter sans consentement et autorisation n'a pas effet sur les biens situés dans une coutume contraire. Cependant ce statut crée un empêchement; il

(1) Molinæus, *Commentarius in lib. I Codicis, De summa Trinitate* (Op., t. III, p. 556, 2e col.). Comparez Boullenois, *Traité des statuts*, t. I, p. 727 et 728.

evrait-il pas avoir logiquement le même effet que le statut qui lève un empêchement, c'est-à-dire l'emporter sur e statut réel? Dans un cas, Dumoulin restreint le statut au territoire, dans l'autre, il l'étend hors du territoire. Où est la raison de différence entre le statut qui crée une incapacité et celui qui lève une incapacité? Je la cherche vainement. Boullenois, qui s'est donné beaucoup de peine pour expliquer les décisions de Dumoulin, parvient bien à établir qu'à son point de vue, il n'y a pas de contradiction, mais il ne nous apprend pas la raison de ces décisions, et c'est celle-là que je cherche (1). Je crois inutile de m'arrêter à l'explication de Boullenois, ce serait enter une difficulté sur une autre difficulté, sans utilité aucune.

268. La capacité ou l'incapacité de tester soulève de nouvelles difficultés. Un statut dit que le fils de famille peut tester. Quel sera l'effet de ce statut? C'est un statut personnel qui habilite les personnes domiciliées dans le territoire pour lequel il a été porté. Dumoulin en conclut que le fils de famille, sujet du statut, pourra l'invoquer, tandis qu'un étranger, domicilié ailleurs, à qui la loi de son domicile ne donne pas la même faculté, ne pourra pas tester; c'est l'application du principe que la coutume locale n'habilite pas l'étranger. Jusqu'où s'étend la faculté de tester dont jouit le fils de famille en vertu du statut de son domicile? Il va sans dire qu'il peut disposer, même hors du lieu de son domicile, des biens qu'il possède dans son domicile. Dumoulin va plus loin; le fils de famille peut disposer de ses biens, quelle que soit leur situation, *ubique sitis*. Sur ce point, les statutaires critiquent leur maître; je dirai plus loin qu'ils distinguent les statuts qui établissent une capacité générale et ceux qui accordent une habilité restreinte à certains actes, tels que les testaments; ils admettent que les premiers, formant un état de la personne, reçoivent leur effet partout et sur tous les biens, tandis qu'ils restreignent les seconds dans le territoire de la coutume qui donne une capacité particulière.

(1) Boullenois, *Traité des statuts*, t. I, p. 728-731.

Dumoulin rejette la distinction sans la discuter : il dit, e
à mon avis, il a raison, que le statut pouvant habili
l'incapable généralement pour tout, il peut à plus fo
raison l'habiliter pour certains actes en particulier,
l'effet doit être le même dans les deux hypothèses, p
que, dans l'un et dans l'autre cas, le statut concern
capacité des personnes.

Il n'en est pas de même du statut qui défend au mi
de vingt-cinq ans de disposer de ses immeubles par t
ment. Dumoulin le déclare réel, parce que la prohib
est restreinte aux seuls immeubles. Ici les statut
déclarent qu'ils sont d'accord avec leur maître (1). I
leur doctrine, ils ont raison, puisque l'incapacité est
ticulière, donc réelle. Mais Dumoulin n'admet pas la t
rie de l'incapacité particulière ; il la rejette pour l'l
lité, il devrait aussi la rejeter pour l'inhabilité.
encore une fois une contradiction, et je n'en trouv
une explication suffisante. Dire que le statut qui d
de tester des immeubles est réel, parce qu'il a pour
une chose, tandis que le statut qui permet au fi
famille de tester a pour objet la capacité de la pers
serait une distinction *verbale,* dans le sens de la fa
distinction de Bartole. Si le législateur ne veut pas
le mineur dispose de ses immeubles, c'est à raison d
incapacité ; le statut est donc personnel au fond, qu
réel dans la forme. Or, c'est le fond qui décide et n
paroles.

269. Au seizième siècle, les statuts concerna
successions étaient universellement considérés c
réels : les enfants n'en doutent plus, dit d'Argentr
pendant des glossateurs avaient émis des doutes sé
et leur opinion a fini par devenir générale, comme
dirai dans la partie doctrinale de ces Etudes. Dans t
les questions où les glossateurs avaient hésité, Dum
prend le parti de la réalité ; il ne discute même p
question de savoir si les successions forment un s

(1) Molinæus, *Commentarius in lib. I Codicis, De summa Tr*
(Opera, t. III, p. 556. Boullenois), *Traité des statuts*, t. I, p. 729.

éel; on voit que cela est devenu un axiome (1). Peu importe que le statut soit favorable ou non, il suffit qu'il s'attache directement aux biens pour qu'on doive le réputer réel. Tel est le statut de primogéniture (2). Tel est encore le statut qui exclut les filles. Ici Dumoulin fait cependant une restriction. Il était d'usage de faire renoncer les filles à leurs droits héréditaires, et il y avait des coutumes qui, admettant une renonciation tacite, excluaient les filles de tout droit de succession. Ce n'était point le statut qui opérait cet effet, c'était la volonté; or, la volonté n'est pas limitée par le territoire, elle a son effet partout; Dumoulin a attaché son nom à cette théorie, comme je vais le dire. Il l'applique aux coutumes d'exclusion, elles sont personnelles, et partant ont effet sur tous les biens, quel que soit le lieu de leur situation (3). Dumoulin n'aurait-il pas dû se demander si le consentement exprès ou tacite donné par les filles était libre? Renonce-t-on volontairement à un droit, sans compensation aucune? L'esprit aristocratique l'emportait encore au seizième siècle et dominait les jurisconsultes. Dumoulin ne se pose pas même les questions qui aujourd'hui se pressent dans notre pensée, quand il s'agit d'une si grande iniquité.

270. Voilà la part que Dumoulin fait à la tradition de la réalité des statuts : elle est grande, trop grande, à mon avis. Les statutaires du dernier siècle n'en jugeaient pas ainsi. Après avoir rapporté la définition que Dumoulin donne du statut personnel et du statut réel, Froland ajoute qu'il considère comme personnels quelques statuts que bien des personnes très éclairées estimaient être réels (4). Cela prouve que Dumoulin n'est point resté attaché servilement à la tradition; il a été novateur. Tous les anciens auteurs, dit Boullenois, enseignaient que la loi de la situation devant naturellement commander aux biens situés sous sa domination, c'était à cette loi qu'il fallait

(1) Voyez les passages cités par Boullenois, *Traité des statuts*, t. I, p. 296 et 297.
(2) Molinæus, *Consilium* 53. Froland, *Mémoires*, t. I, p. 61.
(3) Molinæus, *Consilium* 53, n° 13 (Op., t. II, p. 965).
(4) Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, p. 82, 83.

s'en tenir quant aux immeubles que les époux achetaient pendant leur mariage, et, pour ce motif, tous demeuraient d'accord que ce statut était réel. Dumoulin paraît être le premier qui ait professé la personnalité du statut de communauté, pour mieux dire, il n'y avait pas lieu, suivant lui, à appliquer la règle qui réputait réelles toutes les coutumes. Quand les époux stipulent la communauté par leur contrat de mariage, la chose est évidente, puisque dans ce cas, la communauté et tous ses effets dépendent des conventions matrimoniales, c'est-à-dire de la volonté des parties contractantes, et la coutume n'entend pas enchaîner la volonté des parties; celles-ci sont libres, comme tous les associés, de comprendre dans leur communauté les biens qu'ils acquerront, quelle que soit la situation de ces biens. Dumoulin étendit ce principe à la communauté coutumière qui se forme quand les époux ne font pas de contrat de mariage; il y a alors une convention tacite d'adopter la coutume de leur domicile; la communauté est toujours conventionnelle, puisqu'elle résulte de la volonté tacite des parties contractantes (1).

Boullenois ajoute que la doctrine de Dumoulin passa dans la pratique judiciaire, bien que d'Argentré se fût fort élevé, et même avec aigreur, contre le système de convention présumée. Lui-même était, au fond, parmi les opposants ; il n'aimait pas l'idée des conventions tacites, parce qu'elle conduisait à déclarer réels tous les statuts où la volonté de l'homme était engagée. Quand Boullenois affirme que la doctrine de Dumoulin passa dans les mœurs, il entend la jurisprudence du parlement de Paris; encore à la fin du dix-huitième siècle, Bouhier, partisan décidé de la personnalité des statuts, avouait qu'il y avait des provinces entières où la réalité l'emportait communément (2). Telles étaient la Bretagne et la Normandie, et il en était de même des provinces belgiques.

Dumoulin ne se laissa pas arrêter par la réalité de la coutume de Normandie : il déclara personnelles les dis-

(1) Boullenois, *Traité des statuts*, t. II, p. 299.
(2) Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, chapitre XXIII, nos 43 et 44 (Œuvres, t. I, p. 659 et 660).

ositions que la plupart des praticiens réputaient réelles. L'article 538 permettait au mari d'aliéner les biens de sa femme, pourvu qu'elle y consentît; l'article 539 donnait, en ce cas, à la femme la récompense du prix sur les biens de son mari; et l'article 540 l'autorisait, quand ce recours était inefficace, à attaquer ceux qui étaient en possession de ses biens. La femme avait-elle ces droits sur les biens situés à Paris, à Lyon, ou dans des pays étrangers? Dumoulin se prononça, contre l'avis de tous, en faveur de la personnalité, par application du principe que les relations entre époux sont réglées par leurs conventions expresses ou tacites (1).

Il y a donc un principe nouveau chez Dumoulin, c'est celui de la volonté de l'homme; il est fécond en conséquences; je vais exposer celles que le grand jurisconsulte admet. Ne faut-il pas étendre le principe à tous les actes qui intéressent exclusivement la personne et ses intérêts? C'est l'opinion que j'ai professée dans mes *Principes de droit civil*, elle est en germe dans la doctrine de Dumoulin; s'il est traditionnaliste en matière de statuts réels, c'est que la puissance de la loi ou de la coutume le veut ainsi. Cela suppose qu'il y a en cause un intérêt public, dont le législateur est le gardien; mais pourquoi la loi imposerait-elle sa volonté aux particuliers quand l'intérêt de ceux-ci est seul en jeu? La loi est faite pour les hommes, les hommes ne sont point faits pour la loi. En ce sens, la volonté de l'homme doit l'emporter sur la volonté de la loi. C'est le principe de la personnalité de la loi; la loi ne devient réelle que lorsqu'elle concerne un intérêt social.

II. *Le statut des conventions.*

271. Les glossateurs posaient comme principe absolu que les conventions sont régies par la loi du lieu où le contrat s'est passé. C'était appliquer aux conventions la maxime de la réalité des coutumes. La coutume étendait

(1) Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, p. 28.

parce qu'elles sont sous sa main : peut-on d
gations qu'elles sont sous la main du législat
dant cette idée, qui matérialise le droit, a re
de nos jours par les brillants développemen
donnés un célèbre jurisconsulte. Savigny a i
les contrats avaient leur siége, donc une as
ils se forment. La doctrine de Dumoulin e
juridique (1). Qu'est-ce que contracter, sinon
vouloir? Tout dépend donc de la volonté des
qui est une question de fait. Les glossateurs
d'en faire une question de droit, en supposant
ties intéressées entendent se soumettre à la
où elles contractent. Cette supposition n'es
qu'une présomption; or, on ne présume pas la
parties contractantes; c'est à elles de prouve
ont voulu. Il se peut qu'elles aient entendu
conventions d'après la loi du lieu où elles
lors du contrat; il se peut aussi que telle n
leur intention. Pourquoi poser comme règle
qui repose à peine sur une probabilité? C'est
ticiens aiment les présomptions; rien n'est pl
d'en imaginer pour le besoin de la cause;
d'une circonstance d'où naît une probabilité,
fait une présomption. Dans l'ancien droit surt
sait singulièrement de cette façon de décid
cultés; les praticiens n'étaient pas liés par l
interprètes se font volontiers législateurs. C
encore ainsi aujourd'hui. La présomption do
lons fut accueillie par la doctrine comme un

ractaient (1). Les glossateurs, selon leur habitude, invoquaient des textes du Digeste, pour toute raison. Dumoulin les reprend assez durement sur ce point ; il dit que leur interprétation est détestable, qu'ils appliquent à une question de fait des lois qui décident une question de droit. Il est inutile d'entrer dans ce débat, puisque tout le monde reconnaît aujourd'hui que les lois romaines ne prévoient point les difficultés qui concernent les statuts.

272. Il s'agit de contrats ; il faut donc rechercher avant tout quelle a été la commune intention des parties contractantes, ce qui est certainement un point de fait. Si les parties avaient exprimé leur volonté, il est d'évidence que celle-ci tiendrait lieu de loi ; si elles ne l'ont pas exprimée, il faut considérer les circonstances de la cause. Or, il peut résulter des circonstances que les parties s'en sont rapportées soit à la loi du lieu où le contrat s'exécute, soit à la loi du domicile, soit à la loi du lieu où le contrat s'est formé ; c'est ce que Dumoulin prouve avec un art admirable, en prévoyant les diverses hypothèses qui peuvent se présenter.

Vente à la mesure d'une certaine quantité de terrains ; les parties ne se sont pas expliquées sur la mesure, et il se trouve que celle-ci diffère d'après les coutumes du domicile, du contrat et de la situation des biens. Dumoulin décide que la fourniture devra être faite d'après la mesure du lieu où le fonds est assis ; en effet, c'est un fonds de ce lieu que l'acheteur a stipulé et que le vendeur a promis de lui livrer, c'est donc d'après la coutume de ce lieu que la mesure devra se faire. Est-ce à dire qu'il faille procéder de même dans tous les cas où il s'agit de mesure ? Dumoulin se garde bien de créer des présomptions ; il recherche la volonté des parties intéressées dans les circonstances de chaque cause. Ainsi un testateur qui a des biens situés en divers endroits lègue mille arpents de terre sans faire aucune désignation particulière. La volonté du testateur est ici seule en cause. Dira-t-on qu'il a entendu

(1) Bacquet, *Traité des droits de justice*, ch. XXI, nos 66 et 67. Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. II, p. 936.

que l'on suivit la loi des lieux où les biens sont situés? Cela suppose qu'il les connaissait, et s'il les avait connus, n'aurait-il pas fait des legs particuliers pour chaque lieu, puisque l'étendue de la chose aurait varié d'un lieu à un autre? N'ayant rien précisé, il est probable qu'il avait en vue une mesure uniforme, et cette mesure ne peut être que celle qu'il connaissait, c'est-à-dire celle que l'on suit à son domicile, là où il sait quelle est la mesure habituelle. Comment songer, dans ce cas, à la loi du lieu où le testament se fait? Ce lieu est souvent accidentel : est-ce qu'un hasard va déterminer la volonté du testateur? C'est cependant là ce que voulaient deux célèbres glossateurs; on comprend la mauvaise humeur de Dumoulin en présence d'une opinion qui cherchait la raison de décider dans des textes mal interprétés, alors qu'il s'agissait de la volonté de la personne qui teste.

Dumoulin propose ensuite une autre espèce. Un habitant de Tubingue, voyageant en Italie, vend une maison située dans le duché de Wurtemberg : sera-t-il soumis au statut italien qui l'oblige à fournir deux cautions pour répondre du double qu'il sera tenu de payer en cas d'éviction? Oui, répondaient tous les docteurs par des raisons les unes plus mauvaises que les autres. C'est un statut réel, disaient les uns, puisqu'il a pour objet un immeuble. Non, répond Dumoulin, l'obligation que contracte un vendeur n'a rien de réel; tout, en matière de garantie, dépend de la volonté des parties, c'est donc un statut essentiellement personnel; or, le statut italien ne lie pas l'étranger. Dira-t-on qu'il a entendu se soumettre au statut local? Soit, mais il faut le prouver. Or, dans l'espèce, cela n'est guère probable : est-ce qu'un Allemand connaît les statuts italiens? et s'il les ignore, comment pourrait-il avoir l'intention de les faire siens? Cela ne veut pas dire que jamais il n'y ait lieu d'appliquer le statut local. Tout dépend des circonstances. Si un étranger se rend dans une ville italienne pour y contracter, si on lui explique les statuts d'après lesquels les contrats se font dans ladite ville, il devient probable qu'il aura traité en vue du droit local. Encore faut-il ajouter avec Dumoulin que ce sera

ujours une question de fait. Et que l'on me permette de péter ce que j'ai dit bien des fois dans mes *Principes de roit civil,* que les jurisconsultes ont tort de discuter *priori* des questions de volonté et d'intention; ils sont traînés nécessairement à établir des probabilités dont praticiens font des présomptions, en confondant toutes hoses, le droit et le fait, comme procédaient les glossaturs, contre lesquels Dumoulin se récrie si fort. Abannez les questions de fait au juge, il les appréciera ieux, en tenant compte de toutes les circonstances de la ause, que le plus subtil légiste.

Il y avait des interprètes plus inintelligents encore : confondaient les obligations que contracte le vendeur cas d'éviction avec les formes, lesquelles sont toujours églées par la loi du lieu où l'acte est passé. Qu'est-ce ue les droits et obligations des parties contractantes ont e commun avec l'écrit qu'elles dressent pour se procurer ne preuve littérale de leurs conventions? Il y a un abîme ntre ces deux ordres d'idées : la convention dépend ntièrement de la volonté des parties, tandis que les formalités ne dépendent en rien de ceux qui rédigent l'acte. D'un côté, il s'agit d'intérêts privés, et, d'autre part, tout st de droit public.

III. *Les statuts concernant la communauté et les conventions matrimoniales.*

273. Dans la matière des conventions, Dumoulin n'avait à faire qu'aux glossateurs; c'était un débat entre légistes qui se vidait à l'école. Il n'en était pas de même des statuts concernant la communauté et les conventions matrimoniales : ici les coutumes étaient en cause et l'autorité des parlements qui les interprétaient. Et les coutumes n'étaient point, comme on est tenté de le croire dans le système de l'école historique, une simple expression de la conscience juridique sur des points d'intérêt privé; les coutumes tenaient au droit public; on les réputait réelles, pour marquer que chacune était souveraine dans son territoire et ne pouvait empiéter sur un autre

territoire où il y avait également une coutume souverai et jalouse de sa souveraineté. Quant aux parlements, étaient les organes de ces souverainetés locales, et veillaient avec une âpre jalousie à ce qu'il n'y fût po aucune atteinte. Or, les coutumes s'occupaient avec sol citude de la communauté qu'elles avaient établie, ai que des conventions matrimoniales, qui, sauf le régime la dot romaine, étaient d'origine coutumière. Tous auteurs admettaient que les coutumes étaient réelles, et parlements s'étaient bien des fois prononcés en fav de la réalité. Comment heurter de front la souverain des coutumes et l'autorité des parlements? La doctri même était, sinon contre Dumoulin, du moins partagée; puis qu'était-ce que le nom de quelques glossateurs, qua il fallait lutter contre des coutumes souveraines et con la jurisprudence des parlements souverains?

Dumoulin n'a garde de s'attaquer directement à la r lité des coutumes; il reconnaît qu'elles sont réelles et les parlements ont raison de les déclarer telles. M est-il bien vrai que la souveraineté des coutumes soit cause quand il s'agit de la communauté? Sans doute, coutumes établissaient la communauté, mais cela veu dire que la communauté est une loi et que cette loi renfermée dans un territoire qu'elle ne saurait dépas sans empiéter sur la souveraineté des autres coutum Ici Dumoulin fait une distinction qui sauvegardait réalité des coutumes et qui donnait satisfaction parlements, tout en permettant d'étendre les conventi des époux sur tous leurs biens, quel que fût le lieu leur situation. Les coutumes, de même que nos co contiennent des dispositions d'une nature très diverse unes sont l'œuvre de la coutume seule, en ce sens qu volonté des parties intéressées n'est pas prise en consid tion; les autres ne font que prévoir ce que les pa veulent, sans entendre gêner leur liberté d'action sont elles qui veulent plutôt que la loi ou la cout Quand c'est la coutume qui dispose en ordonnant o prohibant, il va sans dire qu'elle est souveraine et pa réelle; telles sont les coutumes qui établissent le

l'aînesse, ou qui excluent les femmes de la succession en faveur des mâles; il est certain qu'elles forment un statut réel, c'est-à-dire souverain. Mais quand les coutumes établissent la communauté, elles n'ordonnent ni ne prohibent, car elles n'entendent rien imposer aux futurs époux, ceux-ci règlent leurs intérêts comme ils l'entendent. La communauté est une convention analogue à la vente, au louage, à la société; c'est, en réalité, une société de biens entre époux; cette société est privilégiée à certains égards, puisque les pactes successoires y sont admis, mais néanmoins c'est un contrat qui dépend de la volonté des parties et non de la volonté du législateur. Or, la volonté est un élément personnel, elle n'est limitée par aucun territoire, elle embrasse au besoin le monde entier, sans que l'on puisse dire qu'elle porte atteinte à une souveraineté quelconque, car ce qu'elle fait n'est pas du domaine de la souveraineté; celle-ci conserve toute sa puissance dans sa sphère d'action. Le principe de Dumoulin conduisait loin; en le poussant dans ses conséquences extrêmes, on compromettait singulièrement la réalité des coutumes; mais Dumoulin n'allait pas jusque-là, il ne songeait pas à déclarer les coutumes personnelles, alors que la doctrine et la jurisprudence les proclamaient réelles; il se bornait à revendiquer une place pour la volonté de l'homme dans les conventions matrimoniales, et celle-là, on pouvait la lui concéder sans compromettre aucunement la réalité des coutumes et sans préjudice à leur souveraineté (1).

274. L'argumentation de Dumoulin était d'une évidence palpable, quand il s'agissait de conventions expresses. Où trouver une différence entre la société ordinaire et la société que les époux stipulent? Il y a, sans doute, des différences entre les deux contrats, mais elles ne touchent pas à l'essence de la convention; tous les contrats procèdent de la volonté des parties, voilà leur élément essentiel; or, cet élément est personnel. Pour nier que le contrat de mariage qui stipule la communauté

(1) Dumoulin traite cette matière dans son *Conseil* 53, auquel nous renvoyons une fois pour toutes (*Opera*, t. II, p. 964). Comparez Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, p. 94-97.

de la coutume.

Il s'élève un léger doute quand les futurs pas stipulé la communauté; elle existe, da vertu de la coutume, elle est coutumière, dit le code civil, légale. N'en faut-il pas co a lieu d'appliquer la maxime de la réalité d C'est un motif de douter. Dans nos idées peut à peine dire qu'il y ait doute, puisqu'il cipe que la communauté dite légale procéd d'une convention tacite, et une convention de nature selon qu'elle est tacite ou expresse siècle, le doute paraissait si grave, qu'il e gentré, le plus profond des jurisconsultes f Dumoulin; et alors même que le parlemen fut prononcé en faveur de la personnalité, l continua dans le domaine de la doctrine j huitième siècle. C'est que la réalité des coutu dire leur souveraineté, était en cause, part tion dans ce qu'elle avait de plus tenace et, sens, de légitime. Il n'y avait qu'un moyen de redoutable opposition, c'était de soutenir tumes étaient hors de cause dans le débat qu communauté. Les adversaires de Dumoulin a la volonté est personnelle et qu'elle dépasse mais ils demandaient où était, dans l'espèce alors que la communauté établie par la cou

l'usage tient lieu de convention : à quoi bon dresser un contrat quand la coutume en tient lieu? En ce sens, il était vrai de dire, avec Dumoulin, que « la coutume stipule et contracte toujours pour les parties (1) ». Soit, disaient les partisans de la réalité; si c'est la *coutume* qui *stipule*, elle ne peut le faire qu'à titre de coutume réelle, et elle ne peut produire qu'une communauté réelle. C'était s'en tenir à l'écorce des choses. Dumoulin pénètre jusqu'à la moelle : Non, dit-il, la coutume qui tient lieu de convention n'agit point à titre de loi, en vertu du droit public, elle agit en vertu de la volonté des parties; ce n'est pas elle qui veut la communauté, ce sont les époux qui la veulent; preuve que si les parties n'avaient point voulu de la communauté coutumière, elles auraient stipulé un autre régime; donc la communauté existe parce qu'elles l'ont voulue, partant elle est conventionnelle; c'est un contrat de société qui s'étend sur tous les biens des associés, non en vertu de la coutume, mais par la volonté des époux. Il faut donc bien distinguer les diverses dispositions des coutumes; les réalistes les confondaient, et dès que la coutume avait parlé, ils invoquaient la maxime que les coutumes sont réelles. C'était oublier la raison pour laquelle on admettait la réalité des coutumes. Elles étaient réelles parce qu'elles étaient souveraines; pour qu'elles soient réelles, il faut donc qu'elles parlent comme souveraines, qu'elles fassent acte de souveraineté. Or, est-ce un acte de souveraineté que de constater ce que les époux veulent en se mariant? Où est l'intérêt public qui engage le souverain à agir? Il n'y a que des intérêts privés en jeu, et ceux-là les époux les règlent à leur volonté.

A l'appui de cette distinction, qui est essentielle dans le débat, Dumoulin cite des applications empruntées aux glossateurs. Le statut de primogéniture est réel. Pourquoi? Parce que la loi l'impose pour un motif de droit public : la conservation des grandes familles, ou, comme nous dirions aujourd'hui, pour le maintien du régime aris-

(1) C'est l'expression de Bacquet, *Diverses questions sur les baux* (Œuvres, t. I, p. 583, nº 13).

tocratique sur lequel reposait la société au seizième siècle. Mais supposez que la volonté de l'homme intervienne dans la distribution inégale des biens; si l'aîné recueille les biens en vertu d'un testament ou d'une convention matrimoniale dira-t-on encore que c'est là une disposition de droit public? Non, les particuliers ne peuvent pas créer un droit public, ils n'agissent que dans leur intérêt privé. Ainsi il y a, d'un côté, un statut réel, œuvre du législateur et, à ce titre, limité au territoire sur lequel la loi étend son empire, et il y a, d'autre part, un statut personnel, œuvre des parties intéressées, pouvant disposer de leurs biens comme elles l'entendent, en quelque lieu qu'ils soient situés. La volonté humaine a une puissance que n'a point la loi; elle n'est pas limitée par l'espace, tandis que le pouvoir du législateur est nécessairement limité par le territoire où il a le droit de commander. Dumoulin cite encore un autre exemple. La fille est exclue de l'hérédité paternelle en vertu d'une coutume qui est fondée sur sa renonciation; cette renonciation aura effet partout et sur tous les biens, parce qu'elle dépend de la volonté. Il n'en serait pas ainsi de l'exclusion qu'une coutume prononcerait contre les femmes en faveur des mâles, sans aucun concours de consentement, ni exprès, ni tacite. Ce statut serait réel, parce qu'il procède de la coutume et non de la volonté.

Faut-il appliquer le principe de la convention tacite à toutes les dispositions des coutumes qui supposent une convention entre époux? C'était bien là la pensée de Dumoulin; sa doctrine est générale, comme je viens de le dire. Mais ici les réalistes, d'Argentré en tête, faisaient de nouvelles objections pour sauver leur maxime chérie de la réalité des coutumes. Avant d'exposer cette lutte mémorable qui joue un si grand rôle dans notre science, je dois dire un mot d'une question secondaire qui se présente sur le statut des conventions matrimoniales. Le statut est personnel, mais quel est ce statut? Les praticiens répondaient comme ils le faisaient pour toute convention: c'est le statut du lieu où le contrat a été passé. Chasseneux le décidait ainsi dans son *Commentaire sur la cou-*

ume de Bourgogne. Dans ses notes sur Chasseneux, Dumoulin met cette dure apostille : *Iste nescit quid dicat* (1). C'est l'intention des époux qu'il faut considérer, puisque tout dépend de leur volonté. Or, leur volonté est d'ordinaire que les conventions matrimoniales soient régies par la coutume du lieu où le mari est domicilié. C'est bien en vue de cette coutume que le mari contracte, puisque c'est la seule qu'il connaisse. Quant à la femme, elle sait qu'elle va prendre le domicile du mari, elle doit donc s'enquérir de la coutume de ce domicile et, à son défaut, les parents qui l'assistent; il dépend d'elle de stipuler qu'elle entend se marier sous un autre statut (2). En un mot, comme je viens de le dire (n° 268), c'est une question de volonté.

N° 3. D'ARGENTRÉ.

I. *Réalisme de d'Argentré.*

275. Rodenburg, dans son *Traité des Statuts*, pose la question suivante. Des conjoints domiciliés à Utrecht ou en Hollande sont régis par la communauté universelle de biens, qui y existe en vertu de la coutume locale. Ils possédaient, en se mariant, des biens situés en Frise, dont la coutume admet seulement la communauté d'acquêts. On demande si ces biens tomberont dans la communauté générale qui a lieu dans les provinces d'Utrecht et de Hollande. « Cette question, dit le jurisconsulte hollandais, a partagé de grands esprits. Charles Dumoulin a vivement soutenu que le statut était personnel et que, par suite, il s'étendait à tous les biens, même situés sous des coutumes qui n'admettent pas la communauté. D'Argentré, cet homme si excellent, a prétendu, au contraire, que le statut étant réel ne s'étendait pas au delà du territoire de la coutume qui l'établit; se laissant emporter plus que de raison à la chaleur de la dispute, il *insulte* Dumoulin et lui reproche qu'il a écrit sa consultation, non pour soutenir le meilleur avis, mais pour faire réussir l'affaire qu'il

(1) Molinæus, *Notes sur Chasseneux* (*Opera*, t. II, p. 1091).
(2) Molinæus, *Commentar. in Codic.* (*Opera*, t. III, p. 555).

avait entreprise, se fiant beaucoup sur ses lumières et son esprit. » Bref, d'Argentré fait entendre que Dumo aurait écrit comme avocat et pour le besoin de sa cause

N'est-ce pas juger trop sévèrement le jurisconsulte l ton? Il est dur, cela est vrai, et il ne ménage person mais Dumoulin faisait de même et n'épargnait pas à adversaires les reproches d'absurdité, d'ineptie, de bêti il dépasse toutes les bornes quand il parle des moine des prêtres, qu'il traite de vermine (2). L'un et l'autre de grands jurisconsultes avaient les qualités de leurs défau ils étaient francs et vrais jusqu'à la rudesse : il n'y a c d'Argentré aucun sentiment de basse jalousie à l'égard Dumoulin; en parlant de lui, dans la matière des statu il dit : *Præstanti vir ingenio et eruditione incomparab* C'est un jugement qui respire une profonde admiration la polémique de d'Argentré était vive et emportée, c que sa conviction était forte, et il s'agissait pour lui plus que d'une question de droit : la souveraineté vieilles coutumes était en cause, et ces coutumes étai sacrées pour lui comme un souvenir de la patrie (3).

Pourquoi y a-t-il des coutumes différentes dans même pays? Et en quel sens ces coutumes sont-el réelles? Jadis la France était partagée en principau diverses, duchés, comtés, baronnies, châtellenies; cha de ces petits Etats était souverain et avait sa coutu particulière, également souveraine, qui régissait hommes et les choses; aucune loi étrangère ne pou étendre son empire sur un territoire soumis à un au souverain. Ces divers Etats furent réunis en un seul; il avait plus qu'un souverain, mais l'unité n'était que p tique; les coutumes furent maintenues et elles conser rent le caractère qui les distinguait; elles étaient toujo souveraines dans les limites de leur territoire. En sens, on disait qu'elles étaient réelles. Cette souverain

(1) Rodenburg, *De jure quod oritur ex statutorum vel consuetudi diversitate*, tit II, c. V.

(2) D'Argentré, *Commentaire sur les coutumes de Bretagne*, p. 684.

(3) Son commentaire est intitulé : *Commentarii in patrias* Brit *leges*, seu consuetudines *antiquissimi Ducatus Britanniæ*. (Je cite tion de Paris, de 1621.)

était absolue quand il s'agissait de choses qui ont une situation, une assiette dans un lieu, c'est-à-dire d'immeubles; les immeubles étaient soumis à la loi du lieu où ils étaient situés; l'autorité qui appartient à la loi l'exigeait ainsi. Voilà pourquoi les coutumes elles-mêmes déclaraient qu'elles étaient réelles, c'est-à-dire souveraines (1).

276. Dire que les coutumes sont réelles, parce qu'elles sont souveraines, n'est-ce pas dire que tous les statuts sont réels, et nier, par conséquent, qu'il y ait des statuts personnels? Il est certain que la réalité des coutumes ou leur souveraineté conduit logiquement à donner à la loi un empire absolu sur les personnes comme sur les choses; et tel était bien le régime féodal d'où procèdent les coutumes tout ensemble et le principe de leur réalité. Mais d'Argentré ne va point jusque-là, il n'applique la réalité qu'au sol; quant aux personnes, dit-il, elles sont soumises à la loi de leur domicile pour ce qui concerne leur capacité ou leur incapacité, de sorte que, reconnues capables par la coutume de leur domicile, elles sont capables partout; tandis que si elles sont déclarées incapables, l'incapacité s'attache à elles et les suit partout où elles se trouvent, même là où, d'après le statut local, elles seraient capables. Il était difficile de nier la personnalité, et l'unité de la personne entraîne l'unité de la loi qui la régit. Le statut personnel avait pour lui une tradition séculaire, l'enseignement des glossateurs dont l'autorité était encore grande, et l'unité de la personne acquit une importance nouvelle par l'unité nationale; comment admettre que dans le sein d'une même nation et d'une patrie commune, la même personne fût tout ensemble majeure et mineure, capable et incapable, selon qu'elle faisait un acte juridique sous telle coutume ou sous une autre? Il y a même des choses qui suivent la loi de la personne, ce sont les meubles. C'était encore un principe traditionnel : je le laisse de côté, parce que d'Argentré n'en parle qu'en passant. Il se contente de dire que les meubles n'ont point

(1) D'Argentré, *Commentaire*, p. 675. n° 2; Boullenois, *Dissertation sur des questions qui naissent de la contrariété des lois et des coutumes* (Paris, 1732, p. 11).

d'assiette fixe comme les immeubles; ils sont, au contraire, mobiles et se transportent d'un lieu à un autre comme les personnes; il est donc naturel qu'ils suivent la loi de la personne (1). On voit que, pour d'Argentré, la souveraineté est essentiellement territoriale. Si les coutumes sont réelles, c'est parce qu'elles sont l'expression d'une souveraineté qui s'étend sur tout le territoire et qui est aussi limitée par ce territoire.

Le président Bouhier dit que Dumoulin a établi parfaitement la justice et même la nécessité de la personnalité des coutumes, et qu'il a été suivi en cela par d'Argentré lui-même, tout prévenu qu'il était pour la réalité des statuts, en sorte qu'il ne diffère sur ce point de Dumoulin qu'en ce qu'il restreint les statuts personnels à un plus petit nombre de cas (2). La remarque est exacte, mais la différence entre les deux jurisconsultes est plus grande que Bouhier ne semble le croire. Dumoulin donne une définition assez vague de la personnalité et de la réalité : le statut est réel, dit-il, quand il agit sur l'immeuble, et il est personnel quand il agit sur la personne. D'Argentré précise la définition du statut personnel, et il la précise en la restreignant singulièrement : pour que le statut soit personnel, il faut, d'après lui, qu'il regarde principalement l'état de la personne et qu'il ait pour objet de régler cet état d'une manière universelle, de sorte qu'il affecte toute la personne. Cela ne suffit point; il faut de plus qu'il n'y ait rien dans le statut qui concerne une matière réelle; alors même que le statut concerne la personne, s'il s'y mêle un élément concernant les choses, il sera réel (3). Or, il n'y a guère de statut qui ne contienne un mélange de biens (4); l'on aboutit donc à réaliser tout statut où il est question de biens, directement ou par voie de conséquence. Rien de plus logique dans la doctrine d'Argentré. Les coutumes sont souveraines quant aux choses; or, elles

(1) D'Argentré, *Commentaire*, p. 676, nos 3 et 4, et p. 683, no 30.

(2) Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, ch. XXIII, no 43 (Œuvres, t. I, p. 659).

(3) D'Argentré, *Commentaire*, p. 677, no 7. Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, p. 82 et 83.

(4) « *Rerum mixtura.* » D'Argentré, *Commentaire*, p. 681, no 22.

e le seraient plus si elles devaient céder à la loi de la ersonne; partant c'est la personne qui doit céder à la hose. C'est restreindre le statut personnel aux cas où il ntervient un lien d'obligation entre deux personnes, bstraction faite de tout droit sur les biens. Dans cet ordre d'idées, il reste une bien petite place pour le statut personnel; le statut réel est envahissant comme toute puissance souveraine.

277. La définition restrictive du statut personnel conduit à une conséquence qui renverse la doctrine traditionnelle des statuts, telle que les glossateurs l'avaient formulée. Ils entendaient par statut personnel celui qui règle l'état d'une personne, et partant la capacité ou l'incapacité qui en résulte, sans distinguer si l'état est universel ou particulier, si la capacité et l'incapacité sont générales ou spéciales. Dès que la personne et sa capacité étaient en cause, le statut était personnel. D'Argentré dit que les glossateurs confondaient des choses essentiellement distinctes; il les traite durement, en les qualifiant d'écrivains scolastiques (1). Entend-il leur reprocher qu'ils sont des savants d'école? Cela ne serait pas juste, puisque les légistes italiens étaient mêlés aux affaires civiles et politiques. Il est vrai qu'ils étaient élevés dans la philosophie scolastique, par l'excellente raison qu'il n'y en avait point d'autre. Toujours est-il que les glossateurs avaient raison de ne pas distinguer deux états; l'unité de la personne et un double état impliquent contradiction. C'est cependant à cette conséquence absurde qu'aboutit la distinction de d'Argentré.

L'état de la personne, dit-il, implique une situation universelle; le mineur est incapable de tous les actes de la vie civile; tandis qu'à sa majorité, l'homme devient capable de tous les actes juridiques. Voilà un état général de capacité qui prend la place d'un état général d'incapacité. De même un état général d'incapacité remplace la capacité des majeurs quand ils sont interdits ou excommuniés. De cet état général, on peut dire qu'il ne se scinde pas,

(1) D'Argentré, *Commentaire*, p. 677, n° 5, et p. 680, n° 16.

qu'il est attaché à l'homme, lequel ne saurait êtr ensemble majeur et mineur, capable et incapable. l est pas de même si une personne, pour une cause culière, est empêchée d'agir dans un cas spécial et un acte particulier. Cette inhabilité restreinte laiss sister l'état général de la personne, elle n'affecte pas la personne; dès lors elle ne forme pas un statı sonnel, et s'il n'est pas personnel, la conséquence est qu'il est réel, en ce sens que son effet est circ dans les limites du territoire où il a été porté. C'est que les glossateurs n'ont pas fait cette distincti d'Argentré, qu'ils se sont trompés en réputant pers des statuts qui sont réels, parce qu'ils ne modifient l'état général de la personne (1).

Ainsi, continue d'Argentré, un statut porte que l ne peut faire de libéralité à sa femme ou qu'il n donner les conquêts pendant le mariage. Ce statu personnel ou réel? Bartole décide qu'il est persoı que, par suite, il a effet hors du territoire. Il e que la personne figure dans le statut, puisque la fend un acte, celui de donner ou de léguer, ou de ser de certains biens pendant le mariage; mais, dit gentré, il est inepte d'induire de là que le stat personnel. Est-ce que l'état du mari est changé pa prohibition? Peut-on même dire que la prohibitioı cerne la capacité du mari? Le statut a en vue les plutôt que la personne, les droits des héritiers s immeubles, ou les droits de la femme sur les ac c'est donc pour conserver les biens à la famille oı femme que la loi défend au mari d'en disposer à titı tuit. C'est un de ces statuts qui n'affectent point l'é la personne, ni sa capacité, donc il n'est pas pers il concerne indirectement les biens, partant il est r D'Argentré revient plus loin sur la même questi avoue que le statut litigieux est encore fondé sur d' considérations puisées dans les relations que le m

(1) D'Argentré, *Commentaire*, p. 678 et 679, n° 14.
(2) D'Argentré, *Commentaire*, p. 680, n° 16.

·ée entre conjoints; on n'a pas voulu troubler ces rela-
›ns en mêlant des intérêts pécuniaires à un lien qui de-
ait être tout d'affection. Ne serait-ce pas là le motif
incipal du statut? et ne suffit-il pas, pour le déclarer
rsonnel, qu'il intéresse le mariage et la paix des familles?
ıx yeux de d'Argentré, il y a un intérêt qui domine
ıt, c'est la souveraineté de la coutume. Déclarer le sta-
; personnel, c'est dire que s'il permet les libéralités
tre époux, et tel était le statut de Louvain, l'époux do-
taire ou légataire viendra réclamer les biens situés à
ıvers, sous un statut qui défend aux époux de se faire
s libéralités. Or, le statut anversois n'est-il pas le
ıître de donner et de prohiber relativement aux biens
son territoire? Et que devient son autorité si, au mé-
.s de ses prohibitions, on vient prendre les biens de son
'ritoire en vertu d'un statut étranger (1)? Pour que les
utumes soient souveraines, elles doivent être réelles;
faut que jamais un statut, fût-il personnel, n'ait d'effet
r des biens qui appartiennent au territoire d'un autre
ıtut et sont soumis à une autre souveraineté. Rien de
ıs logique, mais que devient alors la doctrine des sta-
.s personnels?

278. D'Argentré fait encore aux docteurs un autre
›roche, et celui-ci s'adresse à tous, aux Français aussi
n qu'aux Italiens, à Dumoulin comme à Bartole; ils
dmettent que deux espèces de statuts, réels et person-
.s; ils auraient dû en admettre une troisième, des sta-
s mixtes. Il y a des statuts qui semblent ne concerner
ɜ la personne, mais qui, en réalité, ont aussi pour
et les biens; ils sont donc tout ensemble réels et per-
ınels et, en ce sens, mixtes. Tel est le statut de la légi-
ıation par le prince. En apparence, la légitimation est
entiellement personnelle, puisqu'elle a pour objet de
ıner un état à l'enfant naturel. Même dans la doctrine
d'Argentré, on devrait le qualifier de personnel et lui
ıner effet partout. Non, dit le légiste breton, le statut

) « Quæ *potestas* est statuti Lovaniensis de rebus Antwerpianis, di-
.o *imperio, jure* et *finibus*, idque *prohibente Antwerpiana lege?* »
.rgentré, p. 683, n° 29.)

de légitimation n'est pas exclusivement personnel, car il a des effets considérables quant aux biens; il donne au légitimé le droit de succéder, ainsi que tous les droits de famille. Donc il est mixte.

Quel est le fondement de cette nouvelle distinction et quel en est le but? Le fondement nous intéresse assez peu, car la théorie de d'Argentré n'a pas trouvé faveur, son opinion est restée à peu près isolée. Il invoque, comme argument d'analogie, la division des actions en réelles, personnelles et mixtes; raison peu solide, car la division est elle-même très contestable; de fait, elle a disparu de notre législation. La seule chose qui nous intéresse est de savoir pourquoi d'Argentré a imaginé ses statuts mixtes. Bourgoingne, quoique réaliste décidé, dit qu'il ne voit pas d'utilité à distinguer les statuts mixtes des statuts réels, puisque d'Argentré leur donne le même effet; limités au territoire, ils ne s'étendent point sur les biens situés sous l'empire d'un autre statut : à quoi bon alors la distinction (1)? L'assimilation des statuts mixtes aux statuts réels ne serait-elle pas précisément le motif pour lequel d'Argentré les a imaginés? Un statut en apparence personnel, comme celui de la légitimation, aurait pu faire illusion aux interprètes; ils auraient peut-être appliqué le principe de la personnalité en l'étendant hors de son territoire; d'Argentré prévient tout doute en le déclarant mixte et en le restreignant, à ce titre, dans ses limites territoriales. Quoi qu'il en soit, dans sa doctrine, d'Argentré a parfaitement raison de donner au statut mixte l'effet du statut réel. Qu'importe que l'acte soit fait en vue de la personne et qu'il concerne son état? Il suffit que le statut ait effet sur les biens pour qu'il soit limité au territoire. Est-ce que le prince qui légitime a action sur les biens situés dans un territoire étranger? Question de souveraineté, donc le statut est réel (2).

D'Argentré cite comme exemple d'un statut mixte celui qui veut qu'entre roturiers, les fiefs soient partagés

(1) Burgundus, *Ad consuetudines Flandriæ*, Tractatus, I, n° 1 (*Op.* p. 2).
(2) D'Argentré, *Commentaire*, p. 677, n°s 6 et 8, et p. 679, n° 20.

ɪortions égales, tandis qu'entre nobles, l'aîné a un ɪput. L'exemple est mal choisi, ont dit tous les statu-s : le partage des successions n'est-il pas réel par ɪce? A quoi bon alors imaginer un statut mixte pour .quer que le partage se fait d'après la coutume du où les biens sont assis? Il est vrai que la qualité de ɜ et de roturier est personnelle, mais qu'importe dans ɪctrine de d'Argentré? Dès qu'il s'agit de biens, l'état qualité des personnes ne sont plus pris en considé-n : la loi du territoire est souveraine, et toute per-e y est soumise en ce qui concerne les biens.

Argentré regarde encore comme statut mixte le sta-ɿui défend au mineur d'aliéner les immeubles situés son territoire. Ici il importe beaucoup de fixer la re du statut, non dans la doctrine de d'Argentré qui e tout à la réalité, mais dans l'opinion commune des ɪtaires qui considèrent ce statut comme personnel, ɘ qu'il établit une incapacité fondée sur l'état de mi-é, ce qui me paraît décisif. Si la distinction des sta-mixtes avait prévalu, ce statut aurait été assimilé, t à ses effets, au statut réel. La conséquence igne contre le principe d'où elle découle. Mais elle igne aussi que, dans la pensée de d'Argentré, tout t devient réel dès qu'il y a un mélange de choses, d même il s'agirait de l'état des personnes (1).

II. *D'Argentré et Dumoulin. Le statut de communauté.*

ɪ9. Le statut qui dispose que les époux seront com-ɪ en biens est-il réel ou personnel? Dumoulin s'est ɔncé pour la personnalité; d'Argentré l'a combattu une violence extrême. Il faut voir d'abord quel est le objet du débat. Les futurs époux peuvent faire une ɜntion relative au régime qu'ils entendent adopter t à leurs biens. S'ils stipulent qu'ils seront communs ens meubles et que leur communauté s'étendra sur les immeubles qu'ils acquerront, quand même ils

omparez, sur cette théorie de d'Argentré, Froland, *Mémoires sur les* , t. I, p. 148-150.

seraient situés dans le territoire d'une coutume qui n'établit pas la communauté entre époux, dans ce cas, il n'y a pas de doute. C'est une communauté conventionnelle, et toute convention forme un statut personnel, en ce sens que les parties contractantes sont libres de disposer de leurs biens comme elles veulent, et ces conventions leur tiennent de loi. Si la communauté conventionnelle s'étend sur tous les biens, quelle que soit leur situation, c'est par l'effet et la force de la convention, ce n'est pas par l'extension du statut hors de son territoire, car le statut n'est pas en cause; tout se fait par la volonté de l'homme, et la volonté humaine ne connaît pas de limites territoriales. Donc la communauté conventionnelle s'étendra sur les biens situés en Normandie, quoique la coutume de Normandie n'établisse pas la communauté. Est-ce une usurpation, un empiétement d'une coutume sur l'autre, une atteinte portée à la souveraineté de la coutume normande? Non; si, comme on le suppose, les époux se sont mariés à Paris, on ne peut pas dire que, dans l'espèce, la coutume de Paris, qui établit la communauté ,étend ses effets sur le territoire de la coutume de Normandie, qui ne l'admet point; la coutume de Paris et celle de Normandie sont hors de cause; la communauté existe en vertu de la volonté des parties; tout se passe entre particuliers, tout est d'intérêt privé, rien n'est de droit public.

280. Sur ce point, d'Argentré est d'accord avec Dumoulin. Mais, selon lui, la question change entièrement de face quand les époux ne font pas de conventions matrimoniales, ou, ce qui revient au même, quand ils dressent un contrat de mariage sans stipuler de communauté. Si le mariage a lieu à Paris, lieu du domicile des époux, ou au moins du mari, les époux seront communs en biens: est-ce en vertu de la coutume de Paris ou est-ce en vertu de leur volonté? La communauté est-elle coutumière ou est-elle conventionnelle? Telle est la question si vivement débattue entre Dumoulin et d'Argentré. Le premier décide qu'il intervient entre les époux une convention tacite par laquelle ils adoptent la communauté, telle qu'elle est réglée par la coutume de Paris; la comm

nauté sera donc conventionnelle, et partant elle s'étendra sur tous les biens, sur les biens situés en Normandie et même sur les biens assis dans les pays de droit écrit, où les lois ignorent la communauté; la volonté tacite des époux ayant la même force que leur volonté expresse. C'est cette volonté tacite et la puissance que lui attribue Dumoulin que d'Argentré conteste (1). Il nie que la communauté existe, dans ce cas, en vertu de la volonté des parties, elle existe en vertu de la seule autorité de la coutume, et la coutume n'attend pas le consentement des parties; pour être efficace, elle puise sa force dans sa puissance souveraine et elle agit, au besoin, sans le consentement des parties intéressées, et même malgré leur dissentiment. Sans doute, la souveraineté ne puise pas son autorité dans le consentement de ceux auxquels elle commande, et elle peut leur commander ce qu'ils ne veulent point. Mais est-ce ainsi que la souveraineté agit en matière de conventions et notamment de conventions matrimoniales? D'Argentré oublie comment la communauté s'est établie. Est-ce par voie de commandement du législateur? La loi a-t-elle imposé ce régime aux époux, sans leur vouloir et malgré eux? Non; les choses ne se sont pas passées ainsi. La communauté s'est établie dans les pays coutumiers par les mœurs et les usages, c'est-à-dire parce que les époux la voulaient; bien entendu que les époux pouvaient toujours vouloir un autre régime; donc tout, en cette matière, dépendait de la volonté des époux. Est-ce que les choses seraient changées depuis que les coutumes ont été écrites et sanctionnées par le législateur? L'autorité législative n'est pour rien dans la communauté; elle n'a fait que constater ce que les parties intéressées voulaient; la communauté, après la rédaction des coutumes, est restée ce qu'elle est en essence, une société de biens entre époux; et conçoit-on une société, c'est-à-dire une convention imposée par le législateur aux parties intéressées qui n'en voudraient point? Une convention forcée est un non-sens, puisque toute convention

(1) D'Argentré, *Commentaire*, p. 685.

est l'œuvre de la liberté. Il est si vrai que la coutume n'entend pas imposer aux époux la communauté ni un régime quelconque, que les époux conservent une liberté pleine et entière de déroger à la coutume ou à la loi; ils peuvent, dans les pays coutumiers, stipuler le régime dotal, et, dans les pays de droit écrit, ils sont libres d'adopter la communauté. Les époux, qui ont le pouvoir de vouloir autre chose que ce que dit la coutume, peuvent aussi l'adopter comme régime, sans faire de convention expresse, par un consentement tacite. Leur communauté sera toujours volontaire, puisqu'elle n'existe que par leur volonté et qu'ils auraient pu ne pas la vouloir.

Dumoulin a donc raison de dire que la communauté tacite est une communauté conventionnelle, et que, procédant de la volonté, elle n'est pas arrêtée par les limites du territoire. Les époux auraient pu, en pays de droit écrit, stipuler la communauté de biens ; pourquoi ne pourraient-ils pas, en pays coutumiers, stipuler une communauté qui s'étende sur les pays de droit écrit? D'Argentré répond : « Il ne s'agit point de ce que les époux peuvent vouloir, mais de ce qu'ils ont voulu ; or, ils n'ont pas fait de convention, ils s'en sont rapportés à la coutume, ils veulent que la coutume leur tienne lieu de contrat. En acceptant la coutume comme leur tenant lieu de convention, ils doivent l'accepter avec le caractère qui lui est essentiel. Or, il est de l'essence de la coutume d'être réelle ; la coutume de Paris ne s'étend pas au delà de son territoire, elle n'a rien à dire dans les pays de droit écrit, pas plus que dans les pays qui n'admettent pas la communauté, la Normandie, par exemple. » Ici est le vrai nœud de la difficulté. L'argumentation de d'Argentré implique que la communauté coutumière est un statut voulu par la coutume ; or, la coutume ne peut vouloir que dans les limites du territoire sur lequel s'étend son empire. J'ai répondu d'avance que le statut de communauté est un régime voulu par les époux et consacré comme tel par la coutume ; se référer à la coutume, ce n'est donc pas adopter un régime légal, c'est accepter la communauté que les époux ont toujours voulue ; donc ils adoptent une commu-

té conventionnelle. Il suit de là que l'effet de la communauté ne dépend pas de la coutume considérée comme il dépend de la coutume considérée comme conven-. Or, les conventions ne sont pas limitées par le terire, elles étendent leur action partout; tel doit aussi l'effet de la communauté. Pourquoi veut-on que les tumes soient réelles? Si les praticiens tenaient tant à éalité des coutumes, c'est que pour eux la réalité était nyme de souveraineté; l'autorité qu'ils revendiquaient les coutumes était de droit public. Faut-il demansi la communauté est de droit public, et si la souveeté de la coutume est intéressée à ce que la société de s entre époux ne dépasse point les limites du terri-? Non, la communauté est de droit privé comme es les conventions; les parties la règlent d'après leurs venances. Cela est décisif. Si la souveraineté était ressée au règlement des intérêts matrimoniaux, les x seraient liés par la coutume, et il ne leur serait pas nis d'y déroger, puisque les particuliers ne peuvent is déroger à ce qui est de droit public. La pleine té dont jouissent les époux témoigne que tout ce qui erne leur régime est d'intérêt privé : qu'importe donc pays de droit écrit, qu'importe à la Normandie que la munauté des époux parisiens s'étende sur les biens de territoire? La raison pour laquelle les coutumes sont les cesse complètement quand il s'agit de conventions e époux; il faut donc laisser la réalité de côté, pour tenir à la volonté des époux, et cette volonté forme tatut essentiellement personnel.

81. D'Argentré fait des objections qui sont à peine ieuses. Quand des mineurs contractent mariage, et cela ait tous les jours, ils sont régis par la communauté umière. Dira-t-on, dans ce cas, que la communauté ède du consentement des époux, alors qu'ils sont incaes de consentir? Il est d'évidence, dit d'Argentré, que communauté est purement coutumière, donc l'œuvre coutume seule, et partant le statut est réel (1). Suppo-

D'Argentré, *Commentaire*, p. 686.

sons un instant qu'il en soit ainsi, qu'est-ce que cela verait? Que la communauté n'est pas conventic quand les futurs époux sont incapables de consentir mais cela prouverait aussi que la communauté est c tionnelle quand les époux sont capables de consent Une même convention formerait donc tantôt un personnel et tantôt un statut réel, ce qui serait ab mais peu nous importe, car il resterait toujours v dire que là où il intervient un consentement, il y a munauté conventionnelle et statut personnel, et Du ne dit pas autre chose. Mais est-il bien vrai q mineurs ne consentent pas, tantôt expressément, tacitement? Quand ils font un contrat de mariage, c bien eux qui consentent, qui stipulent, qui prom Qu'importe leur incapacité? Elle est couverte par l tance des parents et, par conséquent, ils sont cons comme capables; donc il faut leur appliquer les pri qui régissent les conventions, et décider que leu munauté est conventionnelle. Et comment ne le elle pas? N'est-ce pas une société, et une société elle ne pas être une convention?

Ici d'Argentré nous arrête et dit que c'est abus mots que d'appeler la communauté une société. Il l'essence de la société que chaque associé ait u égal et qu'aucun des associés ne puisse dispos choses communes sans le consentement de ses coas En est-il ainsi dans la communauté? Le mari e gneur et maître, il dispose des biens communs à lonté, il peut les dissiper en folles dépenses, que dis peut les donner à titre gratuit. Et quels sont les dr la femme pendant la durée de cette étrange société n'en a aucun, pas même celui de demander com l'administration du mari : celui-ci n'est ni compta responsable (1). Quand les droits de la femme pre ils naissance? A la mort du mari, c'est-à-dire ap dissolution de la société. C'est ce qui faisait dire moulin, et je suis étonné que d'Argentré ne lui c

(1) D'Argentré, *Commentaire*, p. 690.

pas ce mot célèbre, que la femme commune n'était pas associée, qu'il y avait seulement espérance qu'elle le serait un jour. Je crois inutile d'entrer dans cette controverse, elle est vidée depuis longtemps. La femme est associée inégale, mais cette inégalité même ne prouve-t-elle pas que la communauté forme un statut essentiellement personnel? Si la femme est un associé inégal, c'est parce qu'elle est sous puissance de son coassocié; le lien personnel joue le grand rôle dans l'association conjugale, non seulement quant aux personnes, mais aussi quant aux biens; c'est pour fortifier le lien de l'affection par le lien de l'intérêt que les époux sont communs en biens. C'est pour cette raison que la loi favorise la communauté et qu'elle en fait le régime de droit commun. N'est-ce pas une raison péremptoire pour que leurs intérêts soient communs partout? Quoi! les époux sont communs à Paris à raison de l'union des personnes, et ils ne le seront pas en Normandie, ni dans les pays de droit romain! Est-ce que là, par hasard, l'union des époux doit être moins étroite?

Voilà des considérations morales, partant personnelles, qui, pour nous, sont décisives. Elles n'auraient eu aucun poids aux yeux de d'Argentré. Que lui importe qu'un statut soit fondé sur des raisons personnelles, quand même elles concerneraient l'état de la personne? Il suffit qu'il y ait un mélange de choses pour que le statut soit réel. Et le statut de communauté n'a-t-il pas pour objet la copropriété des immeubles acquis pendant le mariage et le partage des acquêts à sa dissolution? Donc il est réel (1). Cela est logique quand on admet le principe de d'Argentré, mais la conséquence ne témoigne-t-elle pas contre le principe?

282. J'arrive aux conclusions de d'Argentré (2). Le statut qui établit la communauté entre époux est réel; si les époux, domiciliés à Paris, y contractent mariage sans faire de conventions matrimoniales, leur communauté ne

(1) D'Argentré, *Commentaire*, p. 689.
(2) D'Argentré, *Commentaire*, p. 690, nos 34-40.

s'étendra pas aux biens situés sous l'empire des coutumes qui n'admettent pas la communauté de biens, ni, par conséquent, aux acquêts faits dans les pays de droit écrit. Il en serait ainsi, quand même les époux feraient un contrat et diraient qu'ils entendent suivre les us et coutumes du pays, ou se serviraient d'une expression analogue. En s'en rapportant à la coutume, ils ne disent pas autre chose que ce que dit la coutume; la disposition de la coutume insérée dans le contrat ne change pas la nature de cette disposition; elle est réelle dans la coutume, elle reste réelle dans la convention. Je nie le principe et la conséquence. La communauté n'est jamais réelle, parce que c'est une société, donc un contrat, et dire qu'un contrat est réel, c'est dire qu'un cercle est un carré. D'Argentré lui-même admet la force de la convention, mais il veut qu'elle soit expresse, c'est-à-dire que les époux stipulent que leur communauté comprendra tous les biens qu'ils acquerront, quelle que soit leur situation; dans ce cas, les biens acquis dans les pays de droit écrit deviendront communs. D'Argentré ajoute une restriction pour les coutumes qui contiennent une disposition prohibitive. Peut-il être question d'une disposition qui défende la communauté, alors que l'association conjugale, quant aux biens, est d'intérêt privé, en ce sens du moins que tout est abandonné aux conventions des parties? D'Argentré suppose jusqu'au bout que la communauté est une institution légale qui met en cause la souveraineté des coutumes, et cette souveraineté lui tient plus à cœur que les intérêts des parties contractantes. Il aurait raison si réellement la souveraineté était engagée dans le débat. Son erreur capitale vient de ce qu'il ne distingue pas les diverses dispositions des coutumes, les unes procédant de la volonté générale, les autres procédant de la volonté particulière. Là est le motif de décider dans ce débat qui s'est continué pendant des siècles.

283. Le principe si vivement débattu entre d'Argentré et Dumoulin ne s'applique pas seulement à la communauté; il reçoit son application à toutes les conventions usitées entre époux, et réglées, pour cette raison, par les

coutumes. Il y a une de ces clauses que Dumoulin soutient être réelle, tandis que, dans sa doctrine des conventions tacites, il aurait dû la déclarer personnelle. C'est la disposition si répandue dans les pays coutumiers par laquelle les filles, en se mariant, renonçaient à la succession paternelle; insérée dans le contrat de mariage, cette renonciation est certainement conventionnelle et, par suite, elle forme un statut personnel qui s'étend, au delà du territoire, à tous les biens compris dans l'hérédité, quelle que soit leur situation. N'en est-il pas de même quand les coutumes excluent les filles mariées en vertu de leur renonciation tacite? C'est précisément parce qu'il était d'usage général et de droit commun d'exiger la renonciation des filles en les mariant, que les coutumes l'ont consacrée en excluant les filles sur ce fondement. N'était-ce pas le cas d'appliquer le principe de Dumoulin concernant les conventions tacites et les dispositions des coutumes qui sont conventionnelles? C'est l'avis de d'Argentré, tandis que Dumoulin déclarait le statut d'exclusion réel. On comprend le parti que le légiste breton tire de cette contradiction, il en triomphe. C'est, dit-il, la preuve que la grande éloquence de Dumoulin, dans son fameux *Conseil*, ne consiste qu'en mots, que ce n'est pas une doctrine juridique (1). Ce nouveau conflit entre les deux jurisconsultes a eu pour arbitre un juge compétent, le président Bouhier. Il donne raison à d'Argentré dans ce qu'il dit de l'inconséquence de Dumoulin. C'était le cas de dire qu'en excluant les filles, les coutumes ne prononçaient pas de leur plein mouvement, qu'elles ne faisaient que consacrer des conventions tacites des parties contractantes. Dumoulin aurait donc dû déclarer le statut personnel. Est-ce à dire que d'Argentré ait raison au fond? Loin de là. Bouhier approuve pleinement le principe de Dumoulin, et, plus conséquent que lui, il en fait l'application au statut qui exclut les filles mariées (2). Je reviendrai sur la question; elle présente bien des difficultés; à mon avis, la

(1) D'Argentré, *Commentaire*, p. 687 et 688.
(2) Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, ch. XXVI, nos 175 et suiv. (Œuvres, t. I, p. 739.)

solution de Bouhier est fondée sur les vrais principes.

284. Le principe de Dumoulin recevait beaucoup d'autres applications; les conventions concernant le douaire et la dot devenaient des statuts personnels (1); toutes les dispositions des coutumes menaçaient de perdre la réalité qu'on leur avait toujours reconnue. De là de vives alarmes dans le rang des réalistes; ils trouvèrent un organe digne d'être l'élève de d'Argentré, Basnage, le commentateur de la coutume de Normandie. Les Normands, comme les Bretons, tenaient à leurs vieilles coutumes, dernier souvenir de leur ancienne indépendance; voilà pourquoi ils réputaient leurs coutumes réelles, et ils n'entendaient pas que des coutumes étrangères y dérogeassent, ni même des particuliers, par leurs conventions. Il y avait dans leur coutume une disposition à cet égard que je vais transcrire, parce qu'elle joue un grand rôle dans l'histoire du droit civil international. « Quelque accord ou convenant qui ait été fait par contrat de mariage, et en faveur d'icelui, les femmes ne peuvent avoir plus grande part aux conquêts faits par le mari, que ce qui leur appartient par la coutume, à laquelle les contractants ne peuvent déroger. » Le parlement de Paris jugeait que cette disposition n'était pas applicable aux conventions matrimoniales faites en pays de communauté, fussent-elles tacites; mais, quand la question se présentait au parlement de Rouen, on n'avait point égard à ces dérogations et l'on s'en tenait strictement à l'article 320 (2).

Basnage, le commentateur de la coutume, va nous dire pourquoi les Normands tenaient avec tant de jalousie à la réalité de leur coutume; les craintes qu'il exprime étaient partagées par tous les légistes qui restèrent attachés à la tradition féodale. Dans son célèbre Conseil 53, Dumoulin soutient que la donation de tous biens, en quelques lieux qu'ils fussent situés, était valable, nonobstant les coutumes contraires, parce que ces conventions, étant personnelles, s'étendaient à tous les territoires.

(1) Bacquet, *Diverses questions*, n° 12. (Œuvres, t. 1, p. 581 et 582).
(2) Basnage, *sur l'article* 320 *de la coutume de Normandie*. (Œuvres, t. I, p. 504.)

gentré admet aussi la personnalité des conventions, avec cette restriction que la convention ne pouvait orter sur une coutume prohibitive (1), et telle était la coutume de Normandie. Chez nous, dit Basnage, utient que *chaque coutume* doit être *maîtresse* dans erritoire, et que les conventions des particuliers n'en ent changer les dispositions ; autrement elles deviennt illusoires et dépendraient du caprice des particurs, s'il était en leur pouvoir de les annuler en contrachors de son étendue. Basnage ne nie point que la ention soit personnelle, mais il veut qu'elle ne reçoive xécution que sur les biens situés au lieu où la conon a été faite; il ajoute qu'on ne peut la faire valoir es immeubles lorsque la coutume du lieu s'y oppose essément, car il n'est pas raisonnable que la disposide l'homme l'emporte sur celle de la loi.

y avait cependant un argument très sérieux en r de la personnalité, c'est que la doctrine contraire ettait au mari d'anéantir la stipulation de la munauté. La femme mariée à Paris a droit à la é des acquêts : que deviendra ce droit si le mari fait acquisitions sous une coutume prohibitive, comme de Normandie? Il violera la convention et la dé au préjudice de la femme. Basnage répond que le peut également ruiner la communauté en dissipant ien : qu'importe qu'il la ruine par une mauvaise on ou qu'il la rende inutile par des acquisitions faites s lieux où la communauté n'est point admise? Le raiement est dur, mais, pour le légiste normand, il y une considération plus puissante que l'intérêt de la ie, c'est l'intérêt de souveraineté qui s'attache à la é des coutumes. Voilà pourquoi Basnage écarte la iction que Dumoulin faisait entre les dispositions de utume qui sont indépendantes de la volonté des part celles qui dépendent de leur volonté. Ce raisonne-, dit le légiste normand, conduirait à anéantir la é des coutumes : « Ce sera renverser toutes les cou-

(1) D'Argentré, *Commentaire*, p. 687 et 688.

tumes et rendre leurs dispositions vaines et illusoires, étant malaisé de faire un contrat où les contractants ne s'engagent dans quelque obligation personnelle, et par cette voie faisant prévaloir la disposition de l'homme à la réalité. Il en résultera que les coutumes cesseront d'être réelles, parce qu'elles seront forcées de suivre la loi de la convention (1). On voit que, pour Basnage comme pour d'Argentré, la réalité domine tout, même l'intérêt des parties contractantes. Ils ne comprenaient pas qu'il y a un intérêt plus grand, celui de la liberté de contracter. Ici la souveraineté n'est pas en cause, puisque le législateur lui-même permet aux particuliers de déroger à la loi, celle-ci n'étant, à vrai dire, que la convention présumée des parties.

N° 4. GUY COQUILLE.

285. Guy Coquille n'est guère connu à l'étranger; les Allemands et les Anglo-Américains mentionnent à peine son nom dans leurs ouvrages sur le droit international privé, et Dumoulin n'y figure pas davantage. L'un et l'autre méritent une place, et la première, dans l'histoire de notre science; ils sont les représentants de l'élément de personnalité qui a fini par l'emporter, au moins dans la doctrine, et qui l'emportera aussi dans la vie réelle quand les préjugés de race et de nationalité auront fait place à des sentiments plus larges. La lutte est entre la personnalité et la réalité des coutumes. Dumoulin, traditionnaliste comme tous nos grands jurisconsultes, accepte la réalité des coutumes; il se borne à demander une place pour la volonté humaine dans les matières qui dépendent du consentement des parties. Coquille va plus loin : il attaque le brocard des praticiens qui réputaient réelles toutes les coutumes; il s'en moque comme d'un préjugé que les légistes français ont été puiser dans les universités d'Italie : « Les docteurs ultramontains, dit-il, tien-

(1) Basnage, *sur l'article* 389 *de la coutume de Normandie.* (Œuvres, t. II, p. 72 et 73.)

t que tous statuts sont locaux, se fondant sur ce que roit romain est leur vrai droit commun et que les sta- qui sont contre ou outre ledit droit doivent, pour cette se, être pris à l'étroit et n'avoir d'effet qu'à l'égard des as qui sont assis au même territoire. Aucuns de nos teurs français ont comparé nos coutumes à ces statuts. qui est mal à propos, selon mon avis; car le droit ain n'est pas loi à nous et ne nous sert que de raison, notre vrai droit civil et nos lois sont nos coutumes. fait que les coutumes *lient les volontés des personnes* sont domiciliées au territoire desdites coutumes et es affaires qui dépendent des seules *volontés* et *dispo- ons* des *personnes,* il faut suivre les coutumes des ux où les personnes sont domiciliées et non la coutume lieux où les biens sont assis (1). »

Le président Bouhier, qui professe une grande estime ir le judicieux Coquille, dit que celui-ci s'est trompé en portant aux glossateurs l'origine du brocard qui ré- e réelles toutes les coutumes; il la rattache, et avec son, au régime féodal (2). Toujours est-il que l'erreur Coquille témoigne qu'il n'était pas porté pour la réalité coutumes. En poussant à bout ce qu'il dit, on arrive- t à la proposition contraire, à savoir que toutes cou- nes sont personnelles, au moins en tout ce qui tient aux *ontés* et *dispositions* de l'homme, ce qui laisse un ter- n très restreint pour la réalité. A vrai dire, l'homme ervient toujours dans les relations qui font l'objet du oit; c'est lui qui en est le sujet, le droit est une face de vie, donc il faut dire que toute loi est personnelle; c'est n là la doctrine qui tend à prévaloir dans notre ence, pourvu que par la loi personnelle on entende le qui concerne les intérêts privés des personnes.

286. Guy Coquille ne nie point qu'il y ait des statuts els, mais il repousse l'opinion commune professée par praticiens et maintenue même par Dumoulin, d'après

1) Coquille, *Institution au droit français*. Quelles choses sont réputées ubles, conquêts ou propres. (Œuvres, t. II, p. 81 de l'*Institution*.)

2) Bouhier, *Observations sur les coutumes du duché de Bourgogne*, ap. XXXIII, n° 28. (Œuvres, t. I, p. 659.)

laquelle toutes coutumes seraient réelles. « Il faut, dit-il, considérer l'intention et l'esprit de la loi, sans s'arrêter aux termes : qui ne sait que les rédacteurs de nos coutumes parlent le langage vulgaire et non un langage scientifique? Il faut donc voir toujours ce qu'ils ont voulu dire. Si la coutume concerne directement l'avantage, l'honneur, la réputation des personnes, on doit admettre qu'elle lie les personnes, de sorte que si la coutume défend de disposer, ceux qui sont domiciliés dans cette coutume ne pourront disposer de leurs biens sous une autre coutume, bien que celle-ci ne contînt pas cette défense; car la coutume lie la volonté de ceux qui lui sont assujettis : ils ne peuvent pas vouloir autre chose que ce que veut la loi. En effet, disposer est un acte de volonté; la disposition prend donc sa source essentielle de la volonté du disposant, et si cette volonté est en interdiction, elle ne pourra produire aucun effet en un lieu non plus qu'en un autre. » Par contre, la volonté qui est libre en vertu de la coutume doit être libre partout : « Ainsi, en général, il se doit dire que les dispositions et actes qui ont leur vraie origine de la volonté d'aucun, se doivent régler par la coutume du lieu où il est domicilié. » Voilà le domaine du statut personnel : il est très étendu. Quant au statut réel, il comprend les coutumes qui ne regardent point directement l'utilité et l'honneur des personnes. « Je voudrais bien croire, dit Coquille, que le contrat ou testament aurait son effet, en ce cas, ès biens de chacune coutume, selon que ladite coutume permet. » Cela est assez vague, et l'auteur n'a pas même l'air tout à fait convaincu. Il cite comme exemple les successions; tous les docteurs s'accordent à les déférer, selon les coutumes des lieux où les biens sont situés. Coquille en donne pour raison que le droit s'acquiert immédiatement par la disposition de la coutume et non par la disposition de la personne (1). Soit, mais ce n'est pas là le principe que Coquille vient d'établir; il suffit que la loi ait en vue l'avantage et l'utilité de la personne pour que le statut soit personnel; or, n'est-ce

(1) Coquille, *Question* 227. (Œuvres, t. II, p. 275 des *Questions*.)

s pour l'utilité des personnes que la loi défère les successions? Et la volonté de l'homme aussi y a une part, isque la succession est le testament tacite du défunt. Coquille lui-même a égard, dans un cas particulier, à volonté du propriétaire en matière de succession. La mmune opinion des praticiens était et est encore que les ubles suivent la personne, et se règlent selon la loi de domicile. Coquille dit que cela est trop absolu, qu'il t tenir compte de la volonté du maître, lequel peut attar les meubles à un fonds avec une destination perpélle; son intention est que les meubles ne soient pas déhés dudit fonds, donc ils suivront la loi du fonds et partiendront, par conséquent, à l'héritier des immeus, selon la coutume de chaque lieu (1). Dans ce cas, la ccession aux meubles dépend de la volonté du défunt. volonté joue donc un rôle dans la transmission des ns, quoiqu'elle se fasse en vertu de la coutume. Ne t-il pas aller plus loin et dire que la succession établie r l'utilité des personnes dépend aussi de leur vonté?

287. Coquille donne des applications de son principe ns des matières très controversées. Par la coutume du vernais, sur laquelle Coquille a écrit un commentaire, époux pouvaient se faire donation pour cause de ort; et même, entre-vifs; elle leur permet de se donner la opriété des meubles et conquêts. Par la coutume de Paris, contraire, et plusieurs autres, les mariés ne pouvaient faire des libéralités, sinon par don mutuel, à défaut enfants, et seulement pour l'usufruit. On demande si celui i avait son domicile en Nivernais pouvait donner à sa mme par don mutuel la propriété de ses conquêts assis ous la coutume de Paris. Coquille répond qu'il faut considérer quelle est l'intention vraisemblable de la loi qui st notre droit civil. « Et est à croire que les coutumes ui permettent par don mutuel de donner seulement l'usuruit ont eu égard à la raison mise par le droit des Ro-

(1) Coquille, *Questions* 237 et 159. (Œuvres, t. II, p. 281 et 231 des *uestions*.)

mains, que l'amitié d'entre mari et femme doit être au cœur, et doit être entretenue par honneur sans la faire vénale. Et toutefois quand le mariage est dissous sans enfants, ont estimé raisonnable que le survivant ait moyen honnête de s'entretenir et se ressente du labeur et soin que les deux mariés ont pris ensemble durant leur mariage pour acquérir et conserver des biens. Pour quoi, en tempérant la rigueur de la loi prohibitive, la loi a permis la donation d'usufruit au survivant. Et si cette raison est considérée, elle se trouvera purement en faveur des personnes, et partant il faut dire que les volontés des mariés doivent être réglées selon la loi du lieu où est le domicile d'icelles personnes. »

La réalité de ce statut avait de nombreux partisans; ils objectaient que « la loi, en défendant ou en limitant les libéralités entre époux, avait voulu pourvoir aux héritiers du premier décédé, afin qu'ils ne soient héritiers sans profit et que la famille et lignage soient maintenus en y conservant les biens du prédécesseur, et si cette raison a lieu, les biens doivent être réglés par la coutume du lieu où ils sont assis, comme étant tels biens affectés au lignage, au moins pour la propriété. Car, en ce cas, la raison de la loi se trouverait réelle et non pure personnelle. » Cette raison a paru décisive à la plupart des légistes; Coquille croit qu'elle n'est pas considérable. En effet, la coutume pourvoit en autre façon au lignage, en tant qu'elle prohibe la donation par testament des quatre cinquièmes de l'héritage propre, et en affectant ces quatre quints au lignage. Ce qui prouve que la coutume n'a pas eu en vue l'intérêt exclusif des héritiers, c'est qu'elle permet au testateur de donner à un étranger la propriété de ses meubles et acquêts; donc la coutume n'a pas entendu affecter les acquêts au lignage, et elle les met en la pleine liberté de celui à qui ils appartiennent. « Et de vrai, ajoute Coquille, ce serait une misérable servitude et sujétion à celui qui a travaillé pour amasser des biens, s'il n'en pouvait disposer à son plaisir, et fût contraint de les délaisser à un héritier, peut-être ingrat et non méritant. » Coquille conclut en faveur de la personnalité du statut

ı permission que fait notre coutume et la prohibition font les autres coutumes regardent directement olonté, l'honneur et le profit des personnes mariées et regardent l'intérêt des héritiers que secondaire-.t (1). »

In statutaire du dernier siècle, après avoir analysé e belle discussion, se contente, pour repousser l'avis Coquille, de dire : « Cette opinion n'a pas une appro-on générale au palais; elle est même contraire à la sprudence établie par quelques arrêts rendus sur des ières qui ont du rapport avec la nôtre (2). » Comme uille est supérieur à cette tourbe de praticiens qui ent lui fermer la bouche en disant : Votre doctrine condamnée par la jurisprudence! Au moins, Froland nait son embarras en face de cette contrariété de dé-ons. Les réalistes n'y mettaient pas tant de façons : le ut a pour objet les biens, donc il est réel. C'est rape-er le droit et en faire une science mécanique que de éduire à la connaissance des arrêts et d'en bannir les sidérations puisées dans l'esprit de la loi et dans l'ob-le ses dispositions.

188. Par la coutume du Nivernais, la fille dotée et anée est exclue de la succession de ses père et mère l'ont dotée; mais elle peut demander un supplément la légitime, eu égard aux biens que les père et mère sent à leur décès. Par la coutume du Bourbonnais, la ainsi appanée ne peut demander supplément de time. La fille domiciliée en Nivernais et dotée peut-demander supplément pour les biens que ses parents sèdent en Bourbonnais? La solution dépend de la stion de savoir si le statut est personnel ou réel. uille se moque, en passant, des docteurs ultramontains ont traité ces questions sur la loi *Cunctos populos* avec uelle elles n'ont aucun rapport. Il dit que la plupart tinguent les statuts réels et personnels; il y en a aussi enseignent que tous les statuts sont réels; c'est l'avis

(1) Coquille, *Question* 135. (Œuvres, p. 214 des *Questions*.)
(2) Froland, *Memoires sur les statuts*, t. II, p. 1026.

d'Alexandre, suivi, en ce point, par son annotateur, C[illegible]
Dumoulin. Alexandre décide également que le statu[illegible]
cernant le supplément de légitime est réel, de sorte [illegible]
fille mariée et dotée dans une coutume qui ne lui p[illegible]
point de demander un supplément de légitime p[illegible]
néanmoins le demander là où cette prohibition n'a[illegible]
lieu. Coquille commence par établir son principe. [illegible]
décider si un statut est réel ou personnel, il ne fa[illegible]
s'arrêter à l'écorce des paroles en se bornant à vo[illegible]
est conçu *in personam* ou *in rem;* il faut considére[illegible]
tention selon laquelle vraisemblablement les statua[illegible]
sont réglés. Si la loi permet ou défend en vue de [illegible]
neur et du bien des personnes, il faut dire qu'elle [illegible]
enserre la volonté et le pouvoir de celui qui y est [illegible]
cilié; partant il ne peut disposer, quelque part que [illegible]
les biens; car la nature des choses n'y fait rien, c'[illegible]
volonté seule qui y domine et commande. Mais si la [illegible]
de la loi ne regarde pas directement la personne, il[illegible]
dit Coquille, suivre la coutume du lieu où les bien[illegible]
assis. Dans l'espèce, il lui semble que l'exclusion [illegible]
fille mariée et dotée par le père procède plus de la[illegible]
de la loi que de la volonté du père, car encore [illegible]
père n'en déclare rien en mariant sa fille, la loi [illegible]
qu'elle soit exclue en faveur des mâles. En conséq[illegible]
Coquille estime que l'exclusion opère sur les biens d[illegible]
cune province, selon la loi locale. Coquille ne s'est-[illegible]
laissé influencer, dans l'espèce, par la nature du stat[illegible]
est très défavorable? Il le restreint, même dans l[illegible]
tume où il est établi. En Bourbonnais, la fille mar[illegible]
appanée par père et mère ne pouvait demander s[illegible]
ment de légitime. Coquille en induit que deux cond[illegible]
sont requises pour que la fille ne puisse demander u[illegible]
plément de légitime: il faut qu'elle soit mariée et app[illegible]
le seul apanage ne suffirait point, car il faut croire [illegible]
père, par son crédit, par sa faveur, par sa prude[illegible]
par l'amitié qu'il porte à sa fille, la mariera honnêt[illegible]
selon le lieu dont elle est, et plus fera avec médioc[illegible]
qu'après sa mort les frères d'elle ne feraient avec[illegible]
grande dot. Dans le Nivernais, Coquille suit l'inter[illegible]

ntraire, par la raison que la femme n'y était pas de la légitime par l'apanage (1). Il a donc en vue ur ou la défaveur de la fille. Or, c'est cette consin qui déterminait généralement les docteurs à ne endre les statuts défavorables et, par conséquent, éclarer réels.

). Froland dit, dans ses *Mémoires sur les statuts*, opinions de Guy Coquille sont directement conà la doctrine des auteurs et à la jurisprudence du ent de Paris, en ce qui concerne les libéralités poux (2). C'est dire qu'il resta sans influence sur la et sur la pratique contemporaines. La raison en il dépassait les glossateurs, ainsi que les statu-Coquille n'aime pas les docteurs ultramontains, ls il reproche même une prédilection pour la réa statuts, qu'ils n'ont point; au fond, il est plutôt d avec eux, puisque d'instinct ils étaient portés a personnalité des lois, mais il allait plus loin en nt personnels la plupart des statuts. Cette tendut choquer les légistes français, et surtout les s belges, car tous tenaient plus ou moins pour la des coutumes. Les novateurs, dans notre science, t guère écoutés : nous sommes traditionnalistes et ateurs par excellence. C'est parce que Dumoulin ttaché à la tradition qui déclarait les coutumes qu'il parvint à faire passer son opinion sur la perté des statuts de conventions matrimoniales, les nportants de tous. C'était un progrès, mais bien mêlé d'inconséquences. Les novateurs, quand ce s esprits judicieux comme Coquille, peuvent se cone l'indifférence de leurs contemporains en faisant l'avenir, car c'est pour l'avenir qu'ils écrivent. -huitième siècle, le principe de personnalité eut le dans la longue lutte contre la réalité féodale. r rendit justice à Coquille; aujourd'hui la science dans ses opinions; il est juste qu'elle réhabilite

uille, *Question* 131. (Œuvres, t. I. p. 211 des *Questions*.)
land, *Mémoires sur les statuts*, t. II, p. 1026 et 1027.

son nom que les statutaires ne citaient que pour dire qu' ne le suivait pas. Cependant, dès le seizième siècle, parlements, organes et interprètes des nécessités de vie, entraient dans la voie nouvelle et s'écartaient de réalité traditionnelle : c'était donner raison à Coqu tout ensemble et à Dumoulin.

N° 5. LA JURISPRUDENCE.

390. Tous les parlements, ceux de Normandie e Bretagne, aussi bien que celui de Paris, se prononcé pour la personnalité du statut qui concerne la majo Ils jugeaient, en conséquence, que celui qui était ma à vingt ans par la loi de son domicile et sans espér de restitution, comme en Normandie, pouvait aliéne hypothéquer ses biens et en disposer à quelque titre ce fût, encore qu'ils fussent situés sous une coutume majorité ne s'acquérait, comme à Paris, qu'à l'âg vingt-cinq ans accomplis. Et ils décidaient dans le m sens en ce qui concerne les coutumes du Maine, d'A et du Bourbonnais, où l'on était majeur à vingt ans, avec espoir de restitution, par rapport aux contrats y avait lésion; celui qui était lésé pouvait se faire r tuer là même où la coutume locale n'admettait pa restitution. Par contre, celui qui était domicilié sous coutume où la majorité était fixée à vingt-cinq an pouvait disposer des biens qu'il avait en Normandie, que les vingt-cinq ans n'étaient pas accomplis, quoiq coutume de cette province en permît la disposition à ans (1).

Les arrêts des parlements n'étaient pas motivés; qui les recueillaient étaient d'ordinaire des membr la cour qui avaient pris part à la décision, ou ils a naient par un conseiller ce qui avait été dit dans les dé rations. Il est curieux d'entendre Me Georges Loisel, seiller du roi en la cour de parlement de Paris, dan Mémoires où il recueillit les anciens arrêts notabl

(1) Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, p. 108, n° XIII.

ite cour (1). Voici l'espèce : « Par la coutume d'Anjou, est réputé majeur à vingt ans accomplis, et tel peut dre ses immeubles sans formalité. On a demandé si étant hors le duché d'Anjou, savoir en la ville de lis, ayant des héritages en Anjou, pouvait consentir aliénation d'iceux, ayant atteint l'âge de vingt ans, s'il fallait qu'il eût l'âge de vingt-cinq ans, comme est requis en la coutume de Senlis, en laquelle était domicile. » La question était de savoir si le stade majorité est personnel, et si, à ce titre, il suit la sonne partout, quelle que soit la situation des biens. principe, on admettait la personnalité : c'était la doce unanime des glossateurs, et elle était reçue dans la tique. L'arrêtiste nous apprend par quel motif on réait personnel le statut de majorité : c'est qu'en Anjou était majeur à vingt ans, parce que « les esprits y ient plus prompts et que, par suite, les personnes y ient une particularité qu'elles n'avaient point dans les res coutumes »; c'est-à-dire qu'à l'âge de vingt ans, s avaient une intelligence aussi formée qu'ailleurs à gt-cinq ans. Quelles étaient les causes de cette précoe? Louet ne le dit point, mais il cite un fait très remarble et qui pourrait bien fournir l'explication que je nande. Quand la coutume d'Anjou fut rédigée, c'était en 1508, le duché était pays de frontière à la Bretagne, s de guerre, où la vie était plus brève, mais aussi, ce l'arrêtiste ne dit point, elle commençait plus tôt; la te permanente, journalière, développait les forces inteltuelles; on était homme fait à vingt ans, quand ailleurs, l'on vivait dans une tranquillité oisive, on l'était à peine ingt-cinq. Des rédacteurs de la coutume tinrent compte ce fait; ils abrégèrent la prescription, puisque la vie it abrégée, et ils avancèrent l'âge de la majorité. Voilà concours de circonstances qui expliquent pourquoi l'on it majeur à vingt ans en Anjou; et l'homme, capable fait à cet âge, pouvait-il ne pas être capable dans une tre coutume? Par contre, celui qui au pays et en la

1) J'ai sous les yeux l'édition d'Anvers de 1665.

coutume de Senlis n'acquérait la capacité qu'à vingt-cinq ans, ne pouvait, sans absurdité, être reconnu capable à vingt ans, dans le duché d'Anjou. Voilà le principe de personnalité solidement établi, mais les praticiens, partisans décidés de la réalité des statuts, faisaient une objection. Il s'agissait, dans l'espèce, d'un héritage situé en Anjou; cet héritage était sujet à la coutume du pays, puisque celle-ci est réelle; or, la coutume d'Anjou permettait de disposer des héritages à vingt ans; le statut de l'aliénation étant réel, ne fallait-il pas le suivre de préférence au statut de la majorité? Je dirai plus loin que l'on jugeait ainsi dans le Hainaut, pays de réalité féodale. Cette doctrine ne trouva pas faveur au parlement; par arrêt du 28 août 1660, il se prononça en faveur de la personnalité du statut, c'est-à-dire que l'aliénation fut déclarée nulle comme faite par un mineur incapable d'aliéner. « Il serait absurde, dit l'arrêtiste, qu'en une même coutume, une personne fût estimée majeure, alors qu'elle dispose d'un immeuble situé en Anjou, et une autre mineure, quand elle dispose en pays de Senlis, alors qu'elles ont même jugement et entendement. » Louet ajoute qu'il a été jugé ainsi suivant l'opinion de Bartole, qui a passé dans la Somme. La Glose enseignait que la capacité ou l'habilité de la personne était déterminée par la loi de son domicile, et que le statut du lieu où l'héritage était situé ne pouvait habiliter ni inhabiliter celui qui en voulait disposer (1).

291. Les réalistes eux-mêmes admettaient la personnalité du statut qui règle l'état d'une personne et détermine sa capacité ou son incapacité; mais ils cherchaient à échapper aux conséquences du principe en le restreignant dans les limites les plus étroites. S'agit-il de l'état universel de la personne, tel que la minorité ou la majorité, ils voulaient bien concéder que le statut était personnel, de sorte que celui qui était majeur d'après la coutume de son domicile conservait sa qualité partout et ne pouvait nulle part être réputé mineur, de même que le

(1) Louet, *Arrêts notables*, lettre C, nº XLII, p. 172. Comparez Brodeau sur Louet, *ibid.*, p. 175, B.

ineur ne saurait être majeur en dehors de la coutume ui l'avait déclaré incapable. Encore les réalistes logiques efusaient-ils d'appliquer le statut personnel dès qu'il était uestion de l'aliénation d'un héritage. Bien moins encore onsentaient-ils à considérer comme personnels les statuts qui, sans toucher à l'état général de la personne, la léclaraient capable ou incapable pour des actes particuliers; ils soutenaient que, dans ces cas, les biens étaient en cause plutôt que la personne et que, partant, le statut était réel. Le parlement de Paris rejeta cette distinction entre l'état général et l'état particulier de la personne; dès que celle-ci était déclarée capable ou incapable, son état était en jeu et, par conséquent, le statut était personnel. Nous citerons quelques exemples.

La coutume d'Auxerre, article 238, permettait à la femme âgée de dix-huit ans de tester sans l'autorisation de son mari. C'était une dérogation à l'incapacité générale de donner dont cette même coutume frappait la femme mariée. La coutume de Bourgogne avait une disposition contraire. De là la question de savoir si la femme domiciliée sous la coutume d'Auxerre pouvait disposer par testament de ses biens situés en Bourgogne. Par arrêt du 26 juillet 1679, le parlement de Paris se prononça pour l'affirmative, dans une cause célèbre, en validant le testament de la dame Charlotte de Choiseul, dont la plupart des biens étaient situés en Bourgogne, et qui avait son domicile dans le Douzois, régi par la coutume d'Auxerre. Les réalistes demandaient comment cette décision se conciliait avec la notion du statut personnel. Y est-il question de l'état général de la femme? Non. N'est-il pas de principe que le statut est réel quand il s'y trouve un mélange de réalité? Or, est-ce la personne que le statut a en vue quand il lui permet ou lui défend de tester, ou ne sont-ce pas plutôt les biens? Au point de vue de la tradition, les réalistes avaient raison; mais c'était une tradition féodale dont les légistes s'écartaient insensiblement.

La coutume de Normandie, article 422, permettait à celui qui n'avait point d'enfants de disposer par testament

du tiers de ses acquêts, pourvu qu'il survécût trois mois à sa disposition. Est-ce un statut personnel? Oui, dit le parlement de Paris; donc celui qui a son domicile à Paris n'était pas sujet à cette condition de survie, la coutume de son domicile ne l'exigeant point (1).

La jurisprudence du parlement était si constante en cette matière, que les statutaires perdirent tout espoir de la modifier; ils plièrent sous l'autorité du parlement et accommodèrent, tant bien que mal, la doctrine traditionnelle à la doctrine nouvelle qui se faisait jour. Il ne faut point, disaient-ils, pousser les choses à la rigueur; il est de la *prudence*, au contraire, de concilier la lettre avec l'esprit, ce qui voulait dire qu'il fallait transiger avec la force des choses. Les statutaires renoncèrent à leur définition restrictive du statut personnel; c'était donner une satisfaction suffisante à la réalité des coutumes que de dire que, pour être personnel, le statut devait avoir en vue principalement la personne, sans exiger qu'il déterminât l'état universel de la personne. Il est avec le ciel et avec la vérité des accommodements. Celui-ci était assez mal imaginé, puisqu'il revenait à dire que le mot *état universel* ne signifiait point ce qu'il signifie en réalité, et qu'on pouvait l'entendre en ce sens que le statut était personnel, alors même qu'il ne réglait pas l'état universel de la personne, pourvu que le législateur, en l'établissant, ait eu surtout en vue son état, sa condition, son pouvoir, sans faire aucune attention aux biens (2). Ceux qui transigent avec ce qu'ils regardent comme la vérité ont tort, car ils ouvrent la porte à l'ennemi : c'est une retraite qui aboutit à une déroute complète.

292. Le parlement de Paris se prononça encore en faveur de la personnalité dans la question si controversée du statut de communauté. Des arrêts sans nombre jugèrent que des époux domiciliés et mariés à Paris étaient communs en biens acquêts, quelle que fût la situation des biens acquis pendant le mariage, quand même ils seraient

(1) Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, p. 89, n° IV.
(2) Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, p. 98-100.

assis en pays de dotalité ou sous la coutume de Normandie, quoique celle-ci parût prohibitive (1). C'était une question capitale et journalière; la résistance fut longue, obstinée; les partisans de la réalité revenaient toujours à la charge; ils prenaient appui sur le parlement de Normandie qui n'acceptait pas la dérogation au statut réel (2) que Dumoulin avait proposée et que le parlement de Paris consacra par sa jurisprudence. On le voit, c'était moins une difficulté de droit qui divisait les deux cours souveraines qu'une lutte de race et de vieilles nationalités. Ecoutons les motifs que les réalistes alléguaient. Chaque peuple a ses lois qui le lient et l'assujettissent à leur domination : c'est ce que le jurisconsulte Gajus appelle le droit civil des diverses cités. Ainsi les coutumes étaient, dans leur territoire, ce que le droit civil était à Rome, l'expression d'une nationalité jalouse, ennemie. Le droit civil, propre aux citoyens romains, n'avait aucune force dans d'autres pays; en ce sens, le jurisconsulte Paul dit que l'on n'est pas obligé d'obéir à celui qui veut exercer sa juridiction hors de son territoire. C'est la maxime si souvent invoquée par les statutaires, bien qu'elle n'ait rien de commun avec les statuts : *Extra territorium jubenti impune non paretur*. La traduction que les statutaires en donnent est significative : « Les *coutumes* sont autant de *souveraines*, mais elles commandent uniquement dans leurs Etats. » J'ai dit plus haut (n° 277) ce que Dumoulin répondait aux réalistes. Il n'avait garde d'attaquer la réalité et la souveraineté des coutumes; il soutenait que leur autorité n'était pas en cause, puisqu'il s'agissait d'une convention intervenue entre les époux, soit expresse, soit tacite, et les coutumes elles-mêmes permettent aux parties intéressées de faire telles conventions qu'elles jugent utiles. Ces conventions sont les plus favorables des contrats : c'est comme un traité entre deux familles, sous la foi duquel le mariage se fait et sans lequel il n'aurait pas eu lieu : permettrait-

(1) Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, p. 365.
(2) Basnage, *Commentaire sur la coutume de Normandie* (Œuvres, t. I, p. 504).

on au mari de rompre ce traité en faisant des acquisitions avec les deniers communs dans une coutume qui n'admet point la communauté, sous le prétexte que les coutumes sont souveraines? Est-ce que la souveraineté des coutumes demande que le mari soit libre de manquer à ses engagements?

Il y a une part de vérité dans la vive opposition des réalistes; quand réellement la souveraineté est en cause, elle doit l'emporter sur les intérêts et même sur les droits des particuliers; car si la puissance souveraine était ébranlée, l'Etat tomberait en dissolution, et l'Etat n'est-il pas la sauvegarde des droits individuels? Mais les partisans de la réalité se trompaient en rapportant à la souveraineté les droits qui procèdent des conventions. C'est confondre le domaine de l'individu avec le domaine de la société. L'individu doit jouir de la plus entière liberté dans la sphère des intérêts purement privés, sans que ses conventions et ses actes soient limités par la loi du territoire où il est domicilié; sa volonté n'est pas liée par l'espace, elle ne l'est que par l'ordre public, auquel il ne peut déroger. Cette distinction est la base de notre science; elle n'était aperçue clairement ni par les partisans de la personnalité, ni par ceux de la réalité des coutumes. La vraie doctrine se dégageait insensiblement au milieu de la lutte acharnée des réalistes et de leurs adversaires. Qui inspirait les uns et les autres, en prenant appui sur ce qu'il y a de vrai dans l'un et dans l'autre rang pour les conduire tous à la vérité? Qui, sinon Dieu!

N° 3. LES STATUTAIRES BELGES ET HOLLANDAIS.

I. *Le réalisme dans les Pays-Bas.*

293. C'était un axiome universellement reçu dans les Pays-Bas que toutes les coutumes sont réelles (1). La jurisprudence était constante en ce sens et la doctrine unanime (2). Les auteurs enseignaient que le législateur

(1) Christyn, *Decisiones*, t. I, p. 46 (Decis. 51, n° 16).
(2) Arrêt du parlement de Flandre du 3 décembre 1700 (*Desjauneaux*, t. II, n° 293). Comparez Denisart, au mot *Coutume*, § V (t. V, p. 672), et Pollet, partie II, n° 1.

peut faire des lois que dans les limites de son terri-ire, ce qui est d'une telle évidence que Bourgoingne aite de folie la proposition contraire (1). Sans doute, ucun législateur n'a jamais songé à faire des lois pour n territoire qui ne lui appartient pas, mais n'a-t-il pas ne action illimitée sur les personnes? Et quand il règle ur état et leur capacité, les lois ne suivent-elles pas la ersonne, et, par suite, n'ont-elles pas effet sur les biens, ême situés hors du territoire, par voie d'accession ou de nséquence? C'est ce que disaient les glossateurs, et c'est principe que le légiste belge qualifie d'absurde : les ens situés dans un territoire étranger sont soumis au ouvoir du souverain de ce territoire; dès lors il est impos-ble qu'ils soient soumis aux lois émanées d'un autre ouverain. Les auteurs flamands, hollandais, allemands aient d'accord sur ce point (2), et si l'on reste sur le ter-ain de la souveraineté des divers Etats, on peut dire, vec Bourgoingne, que la réalité des statuts est une vérité ui ne saurait être contestée.

294. Cela est incontestable, en effet, si par souverai-eté l'on entend la souveraineté territoriale, c'est-à-dire souveraineté se confondant avec la propriété du sol. La ropriété est un droit absolu; celui qui est souverain, à tre de propriétaire, est par cela même maître absolu es personnes et des choses qui se trouvent sur le sol. el est le principe de la souveraineté féodale, et ce prin-pe fut maintenu, alors même que la féodalité politique t place à la souveraineté des princes et des nations. Ce ême principe a été invoqué par les auteurs du code civil our justifier la disposition de l'article 3, aux termes du-uel les immeubles, même ceux possédés par des étran-ers, sont régis par la loi française. La souveraineté, sait Portalis, est indivisible; elle comprend tout le ter-toire, donc tous les immeubles qui composent le sol de France; partant la loi, expression de la souveraineté,

(1) Burgundus, *Ad consuetudines Flandriæ*, Tractatus I, n° 24 (*Opera*, 29.

(2) Voyez leurs témoignages dans Vander Muelen, *Decisio brabantina per famosissima quæstione*, p. 4 et suiv. (dans les Œuvres de Stock-ans, édition in-4°, Bruxelles, 1695).

doit s'étendre à tous les biens immeubles. C'est, au fond, l'idée de Bourgoingne. Elle ne tient aucun compte de l'essence de la souveraineté; la puissance souveraine n'est pas absolue, illimitée, elle a sa sphère d'action, dans laquelle elle est indépendante et ne souffre aucun pouvoir rival, c'est quand elle règle les intérêts généraux de la société. Mais les lois règlent aussi des intérêts privés, et tel est notamment l'objet des lois civiles. De ce que ces lois concernent des immeubles, conclura-t-on qu'elles sont souveraines et qu'elles excluent toute loi étrangère? C'est confondre deux ordres d'idées très différents, celui des intérêts privés et celui des intérêts publics (1). La confusion remonte à la féodalité : la souveraineté y étant identique avec la propriété, tout devenait question de propriété et, par suite, tout ressortissait au domaine du maître. Plus tard, la souveraineté devint politique, mais la confusion resta, tout devint d'intérêt public, et l'on aurait cru la souveraineté compromise, si un petit coin de terre avait été soumis à une autre loi que celle du territoire. Si on limite la souveraineté aux intérêts généraux, cette jalouse intervention de la loi territoriale n'a plus de raison d'être: la loi abandonne les intérêts privés à la libre activité des volontés individuelles. Dans ce nouvel ordre de choses, on conçoit très bien ce qui paraissait une folie à Bourgoingne, à savoir que les immeubles soient régis par la loi de la personne à laquelle ils appartiennent, donc par une loi étrangère, quand le propriétaire est étranger. Dans les premiers siècles de l'ère moderne, on était loin de ces idées de liberté : les princes et les nations venaient seulement de conquérir la puissance souveraine, et ils entendaient l'exercer avec une plénitude absolue; successeurs des barons féodaux, ils étaient jaloux de conserver leur héritage sans partage aucun; de là le principe de la souveraineté territoriale. C'est à cette tradition que se rattachent les réalistes belges.

295. Au premier abord, on est étonné que le principe de la souveraineté territoriale, féodal dans son

(1) Comparez Mailher de Chassat, *Traité des Statuts*, passim (Paris, 1845).

essence, se soit maintenu avec tant de ténacité dans les provinces belgiques qui, dès le douzième siècle, étaient commerçantes et industrielles. L'esprit féodal régnait dans nos riches cités et s'alliait au commerce et à l'industrie (1). Chose plus étrange encore! Le droit féoda- venait en aide aux relations civiles, si actives et si étendues, qui s'étaient développées dans nos provinces. J'ai raconté ailleurs la curieuse histoire du nantissement féodal, qui se transforma dans les Pays-Bas en un sytème de publicité, garantie précieuse pour la sûreté des transactions immobilières (2). Il y a un pays qui est resté féodal jusqu'à nos jours par ses mœurs, par son droit, ce qui n'empêche pas l'Angleterre d'être aussi le siége de l'industrie et du commerce. Cela prouve encore que la liberté n'est pas incompatible avec la féodalité; que dis-je? elle est féodale d'origine. La grande charte des libertés anglaises date du régime féodal. Mais c'est une liberté aristocratique et locale, comme elle l'était au moyen âge. Telles étaient aussi les provinces belgiques; notre unité politique et nos libertés générales datent d'hier, tandis que nos franchises communales et provinciales ont des racines séculaires. Cela explique la réalité de nos coutumes, car réalité et souveraineté locale sont des idées identiques. En Angleterre, les coutumes sont devenues un droit général, mais la *common law* est toujours réelle, et la réalité a passé avec les colons dans la puissante république qui embrasse tout le nord du continent américain. C'est l'esprit féodal qui explique cette singularité; il n'y a plus de féodalité politique aux Etats-Unis, mais la féodalité y règne toujours dans le droit privé. Telle est aussi la raison de la réalité des coutumes dans les Pays-Bas.

Dans l'Europe féodale, tout était réel, même la majorité (n° 197). Il en était de même dans le Hainaut, plus féodal encore que les autres provinces belgiques. La majorité y était fixée à vingt et un ans, et, à cet âge, la coutume réputait majeurs non seulement les indigènes, mais

(1) Voyez mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. VII, p. 472, n° 2 (de la 2e édition).
(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XXIX, p. 29, nos 21-23.

umes sont réelles. Boullenois dit dans son *Traité des uts* : « Burgundus ainsi que les auteurs flamands et nands donnent presque tout à la réalité, dès qu'il y a s un statut un mélange de biens, et ils ne considèrent t de la personne que par rapport aux *actes purs per-nels* (1). » Je dirai plus loin ce qu'ils entendaient par *s purs personnels*. L'un d'eux, Stockmans, paraissait ns engoué que les autres de la réalité des coutumes; dis-je? il se moquait des praticiens. Ces praticiens, gistrats haut placés, étaient si entichés de leur réalité, il, qu'il eût été plus facile d'enlever à Hercule sa massue l'arrêter la foudre que Jupiter a dans ses mains, que de rmer un préjugé qui confond toutes choses. Stockmans ermit cette boutade à propos du statut de communauté la cour de Brabant avait déclaré réel, contre l'opinion Dumoulin et même contre l'opinion de Bourgoingne (2). plaisanterie ne fut pas du goût des magistrats; elle ut à notre légiste une réprimande sévère du conseiller nder Muelen. Qui ne s'attendrait à trouver Stockmans mi les partisans de la personnalité? Cependant on rrait, à juste titre, lui faire le reproche qu'il adressait praticiens belges. D'après une coutume de la Cam-e, le mineur émancipé par le mariage acquérait la ulté de s'obliger et d'administrer, mais il restait inca-le d'aliéner ses biens. La coutume de Louvain, au traire, le réputait pleinement majeur, donc capable liéner. Un mineur émancipé, marié à Gheel, vend un neuble situé sous la coutume de Louvain. Ses héritiers aquent l'aliénation en se fondant sur le statut person-de leur auteur : incapable à Gheel, il l'était par cela ne à Louvain. C'est une conséquence que l'on peut eler évidente de la personnalité du statut. Néanmoins ckmans se prononce pour la validité de la vente (3). st le pendant de la jurisprudence du Hainaut que je

) Boullenois, *Traité des statuts*, t. I, p. 500.
) Stockmans, *Decisiones brabantinæ* (Decis. 50, p. 116 de l'édition ol.).
) Stockmans, *Decisiones brabantinæ* (Decis. 125, p. 266 de l'édition ol.).

viens de critiquer (n° 290). La contradiction est étrange : il valait bien la peine de railler les réalistes pour tomber ensuite en plein dans le réalisme féodal !

297. Les glossateurs, quoiqu'ils fussent enclins à la personnalité, furent souvent entraînés à déclarer réels les statuts qui étaient contraires au droit commun, c'est-à-dire au droit romain ; ils les considéraient comme odieux et, par suite, ils les restreignaient dans les limites du territoire. En Belgique, il y avait aussi des coutumes qui renvoyaient au droit romain dans le silence du droit local. Les légistes, élevés dans le culte du droit romain, en concluaient que les lois romaines formaient le droit commun dans nos provinces, et ils ne pouvaient supporter l'idée que ce droit, œuvre de la prudence insigne des jurisconsultes, fût corrigé par un vulgaire ignorant ; c'est ainsi que Christyn qualifie les auteurs de nos coutumes ; il fallait donc le restreindre, ce qui, en Belgique comme en Italie, conduisait à réaliser les coutumes (1).

On voit que le culte du droit romain aveuglait les hommes de loi. Sans doute, nos coutumiers n'avaient pas la science ni le sens juridique des jurisconsultes romains. Est-ce à dire que les coutumes soient toujours inférieures au droit de Justinien ? Tel n'était pas l'avis de Domat et de Pothier ; ils préfèrent l'équité coutumière à la subtilité romaine ; c'est cet esprit des coutumes qui domine dans notre droit moderne, et il lui donne une incontestable supériorité sur le droit de Rome. La tradition doit, sans doute, être respectée dans la science de droit, mais il ne faut pas que le respect aille jusqu'à la superstition, car la superstition aveugle toujours l'intelligence et la conscience.

298. Ce n'est pas seulement le droit romain qui jouissait d'une autorité excessive ; chez nos frères du Nord, la littérature ancienne était révérée pour le moins autant que les écrits des jurisconsultes romains. Qui oserait critiquer cette admiration ? La voix des siècles a donné le

(1) Christyn, *Decisiones*, t. I (Decis. 51, n° 48, p. 48). Christyn suit la doctrine de Bourgoingne qu'il expose très bien (Decis. 56).

on d'humanités à l'étude des lettres anciennes pour mar-
er qu'elle humanise les jeunes générations, mais il faut
ar cela qu'elles soient enseignées dans un esprit d'hu-
nité et d'affranchissement. Les légistes hollandais
ient des lettrés pour la forme; c'est un mérite; on les
avec délices, après que l'on a lu l'horrible latin des
ssateurs et, il faut ajouter, de Dumoulin et de d'Ar-
ntré. Mais la beauté de la forme ne constitue pas tout
mérite de l'antiquité : si elle est devenue l'un des élé-
nts de la civilisation moderne, c'est parce qu'elle déve-
pe les facultés de l'homme et qu'elle affranchit les âmes.
dois le dire, ce n'est pas par là que brillent les juris-
nsultes élégants des Provinces-Unies. L'antiquité était
fectée d'un vice radical qui entraîna sa décadence et sa
ine. Eh bien, l'esclavage, ce mal des maux, est presque
stifié par Huberus! Le professeur hollandais n'est pas
ès sûr que l'abolition de la servitude soit un bien; il
marque, avec quelque complaisance, que les apôtres et
s Pères de l'Eglise n'ont point réprouvé l'esclavage,
u'ils l'ont, au contraire, légitimé; puis il rapporte tout
qu'Aristote a dit pour défendre l'asservissement de
mmense majorité de l'espèce humaine; il ajoute que ces
rguments ont du poids, et il a soin de n'y point ré-
ondre (1). La réponse a été faite et elle est foudroyante.
'est Rousseau qui s'en est chargé, et l'humanité lui a
onné raison, sans se soucier ni des apôtres, ni des Pères,
i des savants.

299. D'autres causes contribuèrent à rétrécir le cercle
idées des statutaires hollandais : l'esprit étroit des petits
tats, car chaque province formait un Etat à part, et
sprit plus étroit encore de la théologie; il y en avait
alheureusement qui étaient théologiens, et les protes-
nts orthodoxes rivalisaient d'intolérance avec les ortho-
oxes romains. Paul Voet est le type de cette étroitesse
ridique et théologique. Il a écrit une monographie sur
s statuts. Si le droit international privé mérite le nom
e science, c'est à condition de devenir un lien entre tous

(1) Huberi *Prælectiones*, t. I, p. 16, nos 3-6.

les hommes, quelles que soient leur nationalité et leur religion. Pour mieux dire, notre science n'existe que si l'homme jouit partout des droits civils en sa qualité d'homme. Le légiste hollandais trouve un autre moyen de diminuer les difficultés que présente le conflit des lois; il attache l'homme au sol qui l'a vu naître, en lui défendant d'émigrer (1); c'est dire qu'il est, comme le sol, la propriété du souverain territorial, ce qui aboutit au régime féodal, mieux encore, au régime chinois : un mur autour de chaque province, autour de chaque cité; cela simplifierait singulièrement notre science en la rendant inutile.

Les mariages mêlent les peuples et les classes sociales, en dépit des efforts que font des lois inintelligentes pour les isoler. Si l'on écoutait Paul Voet, on y mettrait bon ordre. D'abord, il approuve le statut qui prohibe le mariage avec un étranger : les autorités anciennes ne lui manquent point; le droit romain n'accordait pas le *connubium* aux étrangers, cela suffit (2).

De même les statuts peuvent très bien défendre aux nobles d'épouser des roturières. Voet aurait dû rappeler qu'à Rome il n'y avait pas de *connubium* entre les patriciens et les plébéiens. Il est vrai que l'inégalité primitive fit place à l'égalité. Voet préfère que les classes ne soient pas mélangées : les nobles n'ont qu'à se marier entre eux, ainsi que les roturiers. De quoi se plaindraient-ils? Leur choix est encore assez grand. Toutefois les légistes étaient partagés : Covarruvias et Perez se prononçaient en faveur de la prohibition, Albéric et Carpzov étaient contre (3).

P. Voet approuve des deux mains le statut ou, pour mieux dire, la loi qui défend de choisir une femme dans une autre secte ou confession religieuse. L'harmonie des âmes en sera d'autant plus complète, ce qui suppose que les deux époux sont des croyants. Pour assurer l'harmonie conjugale, il faudrait aller jusqu'à prohiber le mariage avec un libre penseur. Les autorités abondent, à commen-

(1) P. Voet, *De Statutis*, p. 160, n° 8 (éd. de Bruxelles, 1715).
(2) P. Voet, *De Statutis*, p. 156, n° 1.
(3) P. Voet, *De Statutis*, p. 157, n° 2.

par la Bible; celui qui est curieux de les connaître n'a à lire le Commentaire de Godefroid sur le code de Jus-en (1).

P. Voet dit que l'hérésie est odieuse; il exclut les héré-ues des fonctions publiques, il ne veut pas même qu'ils ent boutiquiers ou cabaretiers (2). Jusque-là va l'étroi-se de l'esprit de secte. Paul Voet, qui déteste les héré-ues, oublie que lui-même était hérétique aux yeux des hodoxes romains, et que s'il était licite de mettre hors droit commun les sectaires protestants, il était aussi le, dans les pays catholiques, de brûler les protestants odoxes, ou du moins de leur refuser la jouissance des its civils.

00. Il ne faut pas trop en vouloir aux légistes, ce des hommes de tradition et des conservateurs par llence; quand les idées et les mœurs sont étroites, il impossible que les lois et ceuxqui les interprètent n'ex-nent pas les sentiments généraux qui dominent dans ociété. En Belgique, il y a eu, au commencement du septième siècle, un essai de législation. L'édit perpé-des archiducs Albert et Isabelle est l'œuvre de nos stes; il a fait des emprunts aux ordonnances fran-es, mais quand le droit international civil est en se, il s'inspire exclusivement du réalisme belge. Ce ctère de l'édit de 1611 a frappé les statutaires fran-: Boullenois dit que l'édit donne presque tout à la ité et aux coutumes de la situation (3). L'auteur fait sion à l'article 13, qui est ainsi conçu : « Si ès lieux de dence des testateurs et de la situation de leurs biens diversité de coutumes pour regard des dispositions de ière volonté, nous ordonnons qu'en tant que touche *ualité* desdits *biens*, si *on en peut disposer*, en quel et avec quelle *forme* et *solennité*, on suivra les *cou-es* et *usances* de ladite *situation*. » Que faut-il enten-

P. Voet, *De Statutis*, p. 157, n° 3.
P. Voet, *De Statutis*, p. 166, n° 16.
Boullenois, *Questions qui naissent de la contrariété des lois*. L'ou- est connu sous le nom de *Questions mixtes*; c'est ainsi que Boulle-ui-même le cite dans son *Traité des statuts*, p. 9.

dre dans cette disposition par *forme* et *solennité*? C
expressions, d'après l'ensemble de l'article, ne peuvent
rapporter qu'aux formes extrinsèques ou instrumentair
c'est-à-dire celles qui ont pour objet d'assurer la libre
exacte expression de la volonté du testateur. Telles so
l'intervention d'un officier public, le nombre des témoi
les formalités qui concernent la rédaction. L'édit supp
que les solennités prescrites par le statut personnel
testateur diffèrent de celles que prescrit le statut d
situation des biens, et il décide que ce sont ces derni
que l'on devra observer. Ainsi entendu, l'édit était
traire à tous les principes. Les formes instrumentaire
sont point régies par le statut du domicile, ni par celu
la situation des biens, elles sont régies par la loi du
où le testament est reçu. Tel est le sens de l'ada
Locus regit actum. La maxime prêtait à la confus
parce qu'elle semblait être absolue et s'appliquer non
lement à l'*acte* ou à l'écrit, mais encore à la conve
qui y est constatée. Les glossateurs n'avaient point
cette confusion (nos 230-234). Dumoulin établit très bi
distinction : il limite l'adage aux formes qui concer
exclusivement l'ordonnance de l'acte ou la solennité,
décide que l'on a toujours égard, en cette matière, au
tut ou à la coutume du lieu où l'acte est passé (1)
auteurs de l'édit, en parlant de formes et de *solennité*
dû entendre par là les formes extérieures pour lesqu
Dumoulin veut que l'on suive le statut local, tandi
l'article 13 ordonne de suivre la coutume de la situ
des biens, de même que pour l'âge, c'est-à-dire la
cité de tester, ainsi que pour la nature des biens
disponibilité. Tout est confondu, parce que tou
réalisé.

L'article a été interprété en sens contraire à l'occ
de l'espèce suivante. Don Jérôme del Posso fit un
ment à Bruxelles, l'an 1619, devant un notaire et
témoins; à Milan, d'où il était originaire et où les

(1) Molinæus, *Comment. in Codicem*, lib. 1, tit. I (*Opera*, t. III,
Conclusiones de statutis vel consuetudinibus localibus).

ient situés, on contesta la validité du testament en se dant sur l'article 13 de l'édit perpétuel, lequel voulait l'on observât les formes du lieu où se trouvaient les ns; or, le statut de Milan exigeait la présence de sept noins pour la validité du testament. Le demandeur prédit que le sénat de Milan interprétait mal l'édit de 11; il sollicita une interprétation authentique des archis Albert et Isabelle (1). Voici cette interprétation : La disposition de l'article 13 ne regarde point les *mes extérieures* des testaments qui servent à établir preuve de l'acte et à rendre la volonté du testateur cerne; elle ne peut avoir son application qu'aux solennités regardent le *fond* des dispositions et sans lesquelles coutumes ne permettent point de disposer. » Quelles t ces formalités que l'on appelle intrinsèques? L'acte erprétatif cite les coutumes d'après lesquelles il faut oir un certain *âge;* or, l'article 13 parle de l'*âge*, il est nc impossible que par les mots *forme* et *solennité* il ait endu l'*âge;* c'eût été dire deux fois la même chose. cte cite encore les coutumes qui veulent que le testar se *déshérite;* cette formalité n'a rien de commun avec formes ni extrinsèques ni intrinsèques; elle suppose, contraire, que le testament est valable, et elle conne uniquement la translation de la propriété. Bref, terprétation fait dire à l'édit le contraire de ce qu'il : si l'intention des auteurs de l'édit était réellement parler des formes dites intrinsèques, il faut avouer ils se sont exprimés de façon qu'on ne pût comprendre telle fût leur volonté. Il en résultait encore une autre séquence tout aussi absurde, c'est qu'une disposition avait pour objet de déterminer les conditions requises r la validité des testaments aurait oublié de parler des nes instrumentaires. Cet oubli étrange, si oubli il y it, fut réparé par l'acte interprétatif; il ordonne de rre les formes établies par la coutume du lieu où le ament se fait, sinon il faut observer celles de l'édit.

(1) Anselmo, *Commentaria ad perpetuum edictum*, p. 118 et 119. *Nou*-*Commentaire sur l'édit perpétuel* (Gand, 1792), p. 57 et 58.

Les idées étaient tellement confuses en cette matière, ou l'on était si prévenu en faveur de la réalité des coutumes, que le dernier commentaire de l'édit (1) reproduit la doctrine que l'acte interprétatif avait pour but de condamner. Le testament authentique se fait d'après les formes du lieu où l'acte est passé; mais, dit le commentateur, si la coutume de ce lieu (2) et celle de la situation des biens règlent différemment les formalités du testament, on ne suit plus les formes du lieu où il est passé, mais bien celles du lieu où les biens sont situés.

301. En France, on commença aussi par admettre que les coutumes sont réelles, et les praticiens y étaient tout aussi engoués de la réalité qu'en Belgique; Coquille se moque du réalisme des praticiens français, comme Stockmans se moque du réalisme des praticiens brabançons. Heureusement il se trouva un jurisconsulte éminent et d'une grande autorité qui engagea la jurisprudence dans une nouvelle voie. Le parlement de Paris, à la suite de Dumoulin, se prononça pour la personnalité. Dans les provinces belgiques, au contraire, la jurisprudence resta obstinément attachée à la réalité. On admettait, il est vrai, des statuts personnels; mais, tandis qu'en France, les parlements consacraient aussi les conséquences de la personnalité, les tribunaux belges donnaient régulièrement, en cas de conflit, la préférence au statut réel sur le statut personnel; dès qu'il s'agissait de biens, le statut fût-il personnel, on appliquait la coutume de la situation; la réalité dominait tout, et on suivait, comme règle absolue, que le statut personnel, aussi bien que le statut réel, ne pouvait avoir effet sur les biens situés hors du territoire. Les glossateurs réalisaient les statuts défavorables, mais, par contre, ils déclaraient personnels les statuts favorables; c'est peut-être pour cette raison qu'ils étaient enclins pour la personnalité, le droit commun, c'est-à-dire la loi romaine étant toujours favorable. Peck, professeur à Louvain, puis conseiller à Malines, donc unissant la

(1) Gand, 1792, sans nom d'auteur.

(2) Le texte dit : du lieu où l'on *reste* ; il faut lire : du lieu où l'on *teste* ; c'est peut-être ce que l'auteur a voulu dire.

orie à la pratique et aimant le droit romain, ne prend en considération la faveur ni la défaveur; dès qu'il it de biens, il applique le statut de la situation (1).

. Tel était aussi l'avis d'un de nos magistrats les distingués, Everard, président du conseil de Malines. cite avec de grands éloges l'opinion de ce savant ticien sur la communauté de biens. C'était une des stions les plus célèbres dans la matière des statuts, ce qu'elle avait divisé Dumoulin et d'Argentré; Peck it si convaincu de la réalité du statut de communauté cette opinion était si enracinée dans nos provinces, il croit inutile de renouveler le débat (2). Cependant la stion fut de nouveau agitée et avec une grande viva- . Le conseil de Brabant (hollandais) se prononça pour réalité du statut à l'unanimité moins une voix (3 no- bre 1693). C'est à l'occasion de cet arrêt que Stock- s se permit une critique, juste au fond, à mon avis, is inconvenante dans la forme. Un magistrat de la cour violemment attaqué crut devoir prendre la défense de décision dans une brochure sur la fameuse question *mosissima quæstio*) qui partageait depuis si longtemps meilleurs esprits. Je reviendrai ailleurs sur la disser- tion de Vander Muelen; c'est une des pièces de ce débat mémorable. Le savant magistrat est un esprit très modéré, l'arrogance est antipathique dans les deux camps; blâme aussi vivement d'Argentré que Stockmans, qui insultent leurs adversaires comme font les polis- ons des rues en riant au nez des passants paisibles qui ur déplaisent ». Il sied mal à des hommes sérieux de roire qu'eux seuls ont la science infuse et de traiter *imbéciles* ceux qui sont d'une opinion contraire (3). La ensure fut reproduite, en ce qui concerne Stockmans, par comte de Coloma, dans ses *Arrêts du grand conseil de*

(1) Peckii *Opera*, p. 620, n° 7. (*De Testamentis conjugum*, IV, 28.)

(2) Peckius, *De Testamentis conjugum*, IV, 28 (*Opera*, p. 619, n° 5). était aussi l'avis de Paul Voet (*De Statutis*, p. 134, n° 9). Jean Voet com- mença par professer la même opinion; il revint ensuite aux vrais prin- ipes, quoique réaliste décidé. Voyez la partie spéciale de ces Etudes.

(3) Vander Muelen, *Decisio brabantina super famosissima quæstione* Stockmans, *Opera*, à la fin).

Malines (1). « Stockmans, dit-il, combat l'arrêt rendu par le conseil de Brabant en faveur de la réalité du statut avec tant de confiance, qu'on ne saurait excuser les airs de maître et de pédagogue qu'il s'est donnés pour corriger ses confrères qui ne donnent point dans son sentiment. » L'arrêtiste accable Stockmans d'autorités, presque tous les légistes belges étaient pour la réalité (2) et la jurisprudence était constante en ce sens. La lutte finit par cesser faute de combattants; les auteurs qui ont écrit sur le droit belgique admettent comme un axiome que le statut de communauté est réel (3).

303. Si la communauté est un statut réel, il faut en dire autant, par identité de raison, de tous les avantages matrimoniaux que les coutumes établissaient, soit en faveur de la femme sous le nom de douaire, soit en faveur du mari sur les biens dotaux de la femme. Le douaire coutumier était un droit d'usufruit sur les immeubles. Dans les principes des réalistes belges, la réalité ne pouvait être douteuse, puisqu'il s'agissait d'un droit affecté sur des immeubles. Toutefois les nombreux arrêts qui furent rendus sur la question du douaire attestent quelque résistance. On disait que le douaire était une pension alimentaire : n'est-il pas naturel de croire que les époux, en se mariant, aient songé à assurer des aliments à la veuve? On en pourrait induire que le douaire coutumier était en réalité conventionnel, et les conventions sont-elles limitées par l'espace? Toutefois la jurisprudence fut invariable : la réalité l'emporta (4).

304. La nature du statut qui défend aux époux de se faire des libéralités est douteuse dans la doctrine des statutaires; tout dépend des motifs que l'on assigne à la prohibition. En droit romain, on se préoccupait surtout

(1) *Arrêts du grand conseil de Malines*, par le comte de Coloma, t. II, p. 80, et t. I, p. 269, 270.

(2) Voyez les témoignages dans Wesel, *De connubiali bonorum societate*, p. 29. Wesel se prononce pour la personnalité du statut de communauté (*ib.*, p. 29-33).

(3) De Ghewiet, *Droit belgique*, t. 1, tit. II, § 17, art. 4.

(4) D'Hermaville, *Jurisprudence de Flandre*, t. II, p. 36, 38-42. *Nouveau commentaire de l'édit perpétuel*, p. 127-129.

de l'affection qui doit régner entre époux et qu'aucune considération d'intérêt ne doit troubler; dans les pays coutumiers, on était disposé à croire que le statut avait en vue l'intérêt des héritiers, la conservation des biens dans la famille. Les réalistes trouvaient un moyen simple de trancher le différend, c'est de ne pas considérer les motifs : le statut avait pour objet direct les biens des époux; cela ne suffisait-il pas pour le déclarer réel? Les légistes belges et hollandais étaient unanimes sur ce point : Peck, Everard, Wesel, Rodenburg, Voet. On est un peu étonné de rencontrer Stockmans dans ce concert et d'entendre ses raisons; lui qui s'était moqué des réalistes sans pitié ni miséricorde, il se montre aussi réaliste que les praticiens. « Dès qu'il est question de biens, dit-il, le statut est réel, quand même il serait question des qualités ou conditions personnelles, telles que l'habilité ou l'inhabilité, l'âge. Il n'y a pas lieu de distinguer non plus si le statut est conçu *in personam* ou *in rem;* on ne doit voir qu'une chose : le statut a-t-il pour effet d'aliéner, de transmettre les biens, il est réel, et partant c'est la coutume de la situation qu'il faut suivre (1). » C'est presque mot pour mot ce que dit Peck (2); il avait bonne grâce, après cela, de parler de la massue d'Hercule et des foudres de Jupiter! Abraham van Wesel est plus cru encore; lui aussi avait pris parti pour la personnalité du statut de communauté, ce qui ne l'empêche pas d'être un réaliste à outrance; il dit qu'il n'y a qu'une chose à voir pour décider si un statut est réel, c'est son objet; dès qu'il porte sur les biens, la réalité est certaine; on n'a pas besoin de s'embarrasser des motifs du législateur (3).

305. On se moque de la distinction *verbale* de Bartole (n° 212); la doctrine des réalistes belges et hollandais est plus matérielle encore : ils séparent ce qui est inséparable, l'esprit de la loi et le texte. Les glossateurs

(1) Du Laury, procureur général au grand conseil, *Jurisprudence des Pays-Bas* établie par les arrêts du grand conseil de Malines, p. 3, arrêt II. L'arrêtiste transcrit le passage de Stockmans.
(2) Peckius, *De Testamentis conjugum*, IV, 28, p. 620, n° 7.
(3) Abrahami a Wesel *Commentarius in novellas constitutiones trajectinas*, I, 15 (*Op.*, p. 6).

n'étaient pas aussi mécaniques. Quand il s'agit des dro du mari sur les biens dotaux, ils voulaient que l'on co sultât avant tout les conventions des époux, et dans silence du contrat, ils s'en rapportaient au statut du do cile; Balde était, sur ce point, d'accord avec Bartole. R de plus juridique, puisque les droits du mari sur la dépendent essentiellement de la volonté des conjoi Christyn rejette cette opinion. Et ses motifs? Au sinon que la jurisprudence l'a depuis longtemps damnée; dès lors il n'y a plus lieu de douter; c'e statut de la situation des biens qui décidera (1). C presque l'air d'une satire, et on pourrait croire que l' tiste se moque du réalisme belge, si lui-même n' point un réaliste décidé. Quoi! les époux peuvent dis de leurs biens comme ils l'entendent, tout dépend de volonté, et pour connaître cette volonté, on doit vo leurs biens sont situés, c'est-à-dire qu'ils voudron que le mari ait des droits et là qu'il n'en ait point.

306. Je ne veux pas quitter les statutaires b dans de si mauvais termes. Ma critique s'adresse pas aux hommes, mais aux idées qu'ils représentent idées mêmes, je ne les condamne point d'une ma absolue; comme toutes les idées qui ont régné da monde, elles ont leur raison d'être et, par conséq leur légitimité relative. La réalité des coutumes éta moyen âge, un principe universel et elle s'est main jusqu'à nos jours dans les pays où l'esprit féodal conservé, en Angleterre et chez les peuples de race a saxonne. Cette maxime a un élément de vérité qu sonne ne contestera. Aussi longtemps que le humain sera divisé en Etats distincts, la souver sera territoriale et, par conséquent, la loi, expressi la puissance souveraine, n'aura qu'une autorité l Tel est le fondement de la réalité des coutumes, e peut affirmer qu'il est inébranlable, puisque l'élém diversité qui existe dans les races et les nations pr de Dieu. Mais les statutaires ont étendu trop loin le

(1) Christyn, *Decisiones*, t. III (Decisio 133, n° 46, p. 473).

ɜ la souveraineté; ils n'ont tenu aucun compte de la nalité humaine et de ses droits. Ici est l'erreur, et ı date certes pas des légistes belges. L'idée de la aineté absolue était celle des anciens; les plus ɜs philosophes, Platon et Aristote, ainsi que les ɜs républiques de Grèce et de Rome, subordonnaient .voir du souverain les droits naturels de l'homme; ɜonnalité était absorbée par l'Etat. Il a fallu des ıouvelles et des sociétés nouvelles, pour que les droits dividu fussent reconnus. Encore au dix-neuvième les limites qni séparent la puissance souveraine et ıits individuels sont loin d'être nettement tracées. ;onfusion réagit naturellement sur le droit internaprivé. Au moyen âge, l'Etat naissait à peine, et il aturel qu'il étendît son action sur le territoire, e la souveraineté féodale se confondait avec la produ sol; de là la maxime de la réalité des coutumes. ıgistes s'en emparèrent, et, dans leurs mains, la , synonyme de souveraineté, ne connut plus nes. Ils n'admettaient des statuts personnels qu'à 'exception à la règle; ils l'étendaient plus ou moins, au fond, ils s'accordaient à maintenir la réalité, et t la souveraineté des coutumes. Ceux qui donnaient ɜ à la personnalité ne se rendaient pas compte du ʅui les inspirait, et les réalistes, de leur côté, ne taient point que leur doctrine fût celle de la souve- ɜ absolue. De là l'incohérence et les inconséquences ɔn remarque chez les statutaires à quelque parti ıppartiennent. C'est presque à l'insu des statutaires et ɜ eux que le principe de personnalité gagne et que t la réalité perd. Si celle-ci se maintient, c'est que de souveraineté est impérissable. Seulement elle e modifier en restreignant son empire aux grands .s de la société, sauf à abandonner à la liberté indile tout le domaine des intérêts privés. Telle était la ıce instinctive des partisans de la personnalité, mais s'en rendaient pas compte, pas plus que les réalistes ent conscience de l'idée de souveraineté absolue représentent.

Chose singulière et, en apparence, inexplicable, c'est la race individuelle par excellence, les Anglo-Saxons, qui s'attache avec ténacité à la maxime de la réalité et de la souveraineté des coutumes, et c'est aussi au moyen âge, où l'individualité est si puissante, que cette maxime a pris naissance et jeté de si profondes racines. L'histoire explique cette singularité; elle tient à la nature particulière du régime féodal. C'est l'esprit germain qui y règne, et cet esprit est celui de l'individualité; mais l'Etat aussi s'y forme, et il est d'autant plus exclusif, plus jaloux de son autorité, plus absorbant, qu'il est restreint dans des limites plus étroites. De là procède la réalité des coutumes. Pourquoi s'est-elle perpétuée chez les peuples les plus libres et, en ce sens, les plus individuels? Cela tient à un autre caractère de la féodalité; elle est aussi le germe de la liberté moderne; voilà pourquoi la race anglaise, qui tient le plus à la liberté, est aussi restée féodale, et, avec la féodalité, elle a conservé le principe de la souveraineté féodale, souveraineté essentiellement territoriale.

Ce double caractère qui réunit des éléments contradictoires en apparence se rencontre également dans les coutumes belgiques. Il y a dans nos puissantes communes un souffle de liberté que l'on ne trouve pas dans la France féodale et qui est néanmoins féodal d'origine, mais il s'est mêlé à un élément nouveau, l'industrie et le commerce. C'est un assemblage assez disparate et on le trouve aussi dans le domaine du droit. Nos communes sont féodales d'origine et d'esprit; de même nos coutumes sont réelles, parce qu'elles sont féodales. A ce titre, chacune est restreinte dans son territoire; il en résultait une singulière anarchie en matière de successions quand il y avait des biens situés sous diverses coutumes, ce qui arrivait fréquemment, à cause du grand nombre de coutumes qui existaient dans nos provinces ; il y avait, dans ce cas, autant d'hérédités différentes et autant d'héritiers différents que de biens régis par des coutumes diverses. Cela choquait le bon sens et cela contrariait la volonté de ceux qui mouraient sans tester. Les villes de Gand et d'Ypres demandèrent comme un privilége, et le comte de Flandre

eur accorda, que les successions de leurs bourgeois ient partagées d'après la coutume de leur domicile, ne en dehors du territoire (1). On lit dans Christyn que urisprudence ne tint aucun compte de ce privilége, ce qu'il était contraire à l'essence des statuts d'avoir t hors de leur territoire (2). Cela est trop absolu ; les uts d'Ypres et de Gand n'étaient pas des statuts muniaux n'ayant de force que dans le territoire de la coune, c'était un privilége octroyé par le comte de Flandre ; avait, à ce titre, autorité dans tout le comté, mais, hors la Flandre, il était sans effet. C'est en ce sens que Hermaville explique la jurisprudence (3). A la rigueur, privilége n'avait été accordé qu'aux villes d'Ypres et de and ; l'usage l'étendit à toute la Flandre ; de Ghewiet t que dans les Flandres, la succession se réglait d'après bourgeoisie du défunt, c'est-à-dire d'après la coutume domicile, sans tenir compte de la diversité des coumes locales dans lesquelles les biens étaient siés (4).

Un statutaire français, Boullenois, fait, à ce sujet, la marque suivante : « En faisant céder, dans les successions, la loi de la situation à celle du domicile, les différentes coutumes avaient alternativement la préférence à son du domicile. Cette loi n'avait rien de répugnant en ; on sent même assez le bien qu'elle pourrait procurer elle était générale (5). » En effet, la loi donnerait satistion à la souveraineté des coutumes, puisque chacune ait souveraine à son tour, et elle assurerait l'unité de trimoine et l'unité de succession, ce qui est certainent le vœu du défunt. C'était cependant une dérogation la réalité des coutumes dans une matière où il était connu universellement que l'on devait suivre les dissitions des coutumes territoriales. De réel qu'il était, le tut de succession devenait personnel. Il est vrai que la

(1) Christyn, *Decisiones*, t. I (Decis. 287, nos 1-3, p. 360). Boullenois, aité des statuts, t. I, Préface, p. 14.
(2) Christyn, *Decisiones*, t. I (Decis. 118, nos 3 et 4, p. 143.
(3) D'Hermaville, *Jurisprudence de Flandre*, t. IV, p. 62.
(4) De Ghewiet, *Droit belgique*, t. I, p. 310, nos 11-13 (éd. in-12).
(5) Boullenois, *Traité des statuts*, t. I, Préface, p. XIV et suiv.

personnalité était limitée au comté de Flandre; mais
qui était vrai dans un pays n'était-il pas vrai pour to
Là où il n'y a qu'une personne, il doit y avoir unité
patrimoine et de succession. Et si l'unité règne dans
hérédités, pourquoi ne régnerait-elle pas dans tout le d
privé, en ce sens que c'est la loi de la personne qui
prévaloir quand il s'agit d'intérêts individuels? Voil
principe de cosmopolitisme dont on est étonné et heu
de trouver le germe dans les coutumes réelles par e
lence.

II. *Bourgoingne. Le statut personnel dans la doctrine des réal belges.*

307. Un glossateur dit que les biens sont l'accessoi
la personne, en quelque lieu qu'ils soient situés (1). S'
une vérité évidente, c'est celle-là. Les biens ne sont
chose qu'un moyen pour le perfectionnement de l'hon
c'est un instrument, et faut-il demander si Dieu a
l'homme pour l'instrument ou l'instrument pour l'hon
Eh bien, les réalistes belges ont trouvé moyen de fai
l'instrument la chose principale et de l'homme la
accessoire. « Les biens, dit Bourgoingne, sont pour l'ho
le sang et l'âme; s'il n'a pas de biens, il ressemble
mort au milieu des vivants (2). » C'est l'âpre ambitio
seigneur féodal aussi bien que du serf; la possession
ennoblit l'un et le rend souverain, elle affranchit l'
et en fait un homme. Rien de plus légitime que cet a
désir de la propriété. Est-ce à dire que la propriét
le but, plus que cela, la vie? Jésus-Christ nous a ens
une autre morale : « Soyez parfaits comme votre
dans les cieux. » Le Fils de l'Homme n'avait pas une
où il pût reposer sa tête, et néanmoins il brille au pr

(1) Alberti Bruni Astensis, *De Statutis*, art. VI, n° 15 (*Oceanu* fol. 177 verso).

(2) Burgundus, *Ad consuetudines Flandriæ*, tractatus, n° 28 (*Ope* in-4°, Bruxelles, 1700), p. 10. Le nom français de *Burgundus* s'é différentes manières : *de Bourgogne* ou *van Bourgoingne* ou *Bourg* tout court. (Voyez, sur Bourgoingne, le discours de rentrée du pro général De Bavay, du 16 octobre 1848.)

rang parmi ceux qui ont approché de la perfection du Père céleste. Malheur aux sociétés où la richesse devient l'idéal de la vie! Elles se corrompent et elles meurent dans une honteuse décrépitude. Bourgoingne a cependant raison de dire que l'homme sans biens est un mort vivant: voyez nos prolétaires. Mais il a tort de dire que la propriété constitue notre sang et notre âme; la richesse est un instrument dont on peut user bien ou mal; il faut apprendre aux hommes à s'en servir pour leur perfectionnement intellectuel et moral, et leur apprendre surtout qu'on ne se perfectionne soi-même qu'en travaillant au perfectionnement des autres. Car l'égoïsme est la lèpre qui s'attache aux riches et qui les fait tomber en pourriture.

La doctrine de Bourgoingne est fausse en droit comme en morale. Si l'homme sans biens n'est qu'un cadavre vivant, il faut dire que les biens sont la chose principale et que l'homme est l'accessoire; or, les légistes disent que l'accessoire suit la condition du principal. C'est la conséquence à laquelle Bourgoingne aboutit. Il admet que les meubles suivent la condition de la personne; sans doute parce que, dans l'opinion commune, qui remonte au moyen âge, on réputait vile la possession des choses mobilières (1). Par contre, la personne suit la nature des immeubles et prend même leur condition. C'est le droit féodal : le vassal aussi bien que le serf sont une dépendance du sol; l'un y puise la souveraineté, l'autre la servitude; pour mieux dire, c'est la terre qui est souveraine, et c'est l'héritage qui est servile. Bourgoingne fait l'application de ses principes à la matière des statuts. On demande si une personne peut aliéner un fonds : faut-il consulter la loi personnelle pour savoir si elle est capable? Non; l'homme est l'accessoire de l'immeuble, c'est la loi de l'immeuble, c'est-à-dire la coutume de la situation qui décidera de la capacité et de l'incapacité, sans considération aucune de la loi personnelle (2). Bour-

(1) *Vilis mobilium possessio.* C'est le réaliste d'Argentré qui rapporte ce dicton.

(2) Burgundus, *Ad consuetudines Flandriæ*, tractatus IV, nos 21 et 22, p. 34

goingne a des expressions énergiques pour marquer la valeur relative de la personne et des choses : les biens ne suivent pas la personne, c'est la *personne* qui est *attirée* par les *biens, dominée* par les *choses*; elle doit s'accommoder à la nature et à la condition de la chose (1). Les glossateurs avaient imaginé d'étendre le statut personnel de l'incapacité aux biens situés hors du territoire de la coutume : cela suppose que les immeubles sont l'accessoire de la personne. Notre légiste féodal traite cette idée de folie; ce sont les biens qui attirent à eux les personnes et les affectent, en les rendant capables ou incapables, comme, au moyen âge, ils les rendaient nobles ou serfs (2).

308. La doctrine qui subordonne la personne à la terre révolte notre sentiment de dignité et de liberté. Cependant Bourgoingne est un excellent esprit; il est plus que le disciple de d'Argentré (3); à eux deux, ils sont chefs d'école; ils fondent le réalisme juridique, et le réalisme règne encore aujourd'hui chez les Anglo-Américains. Bourgoingne est bien supérieur au vulgaire des légistes belges et français; son petit Traité sur les coutumes de Flandre a plus de valeur que les énormes in-quarto de Froland et de Boullenois, et les in-folio de Christynen. Pour l'apprécier, il ne faut pas perdre de vue qu'il procède de la féodalité, dont il est un des plus énergiques représentants dans le domaine du droit.

Une chose étonne, c'est que Bourgoingne, imbu comme il l'est du génie féodal, ait admis un statut personnel. Logiquement il aurait dû revenir au réalisme absolu du moyen âge. Mais il y avait une autre tradition dont il fallait tenir compte, celle de l'enseignement séculaire des glossateurs. Leur autorité était encore grande et dans le domaine de la science et au palais. D'ailleurs la théorie de la personnalité ne pouvait être contestée, puisqu'elle résulte de l'essence même du droit, et Bourgoingne était

(1) Burgundus, *Ad consuetudines Flandriæ*, tractatus IV, n° 27, p. 34, et tractatus I, nos 12 et 14, p. 6.
(2) Burgundus, *Ad consuetudines Flandriæ*, tractatus I, n° 24, p. 9.
(3) Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, p. 106, n° XI.

op bon jurisconsulte pour nier que la personne fût affec-
e par les lois qui régissent son état et qui la rendent ca-
ble ou incapable. Il caractérise avec son énergie habi-
elle la personnalité du statut qui établit l'incapacité des
rsonnes. « La loi du domicile, dit-il, imprime à la per-
nne sa qualité, c'est-à-dire son état ; cet état légal est
ssi inséparable de l'homme que ses qualités physiques.
e même que la nature physique ne change point quand la
rsonne se transporte d'un territoire dans un autre, de
ême son état légal reste le même ; elle ne peut pas plus
dépouiller de l'un que de l'autre. Est-elle frappée d'inca-
acité par la loi de son domicile, elle porte cette incapacité
ec elle en tous lieux, dans le monde entier : c'est comme
ne plaie qu'elle aurait dans son corps (1). » Il faut dire de
capacité ce que Bourgoingne dit de l'incapacité ; l'état
e majorité ne diffère pas en essence de l'état de minorité ;
est également une qualité légale de la nature, qui ne
hange pas plus quand la personne va d'un pays à un
utre que les qualités de sa nature physique.

Tous les réalistes admettent le statut personnel, mais
s s'y prennent de façon à l'annuler en neutralisant ses
ffets. Bourgoingne le fait avec une rigueur et une subti-
té dignes des jurisconsultes romains. Un bourgeois de
and, mineur d'après la coutume de son domicile, pos-
ède des fiefs dans le Hainaut ; il les vend à l'âge de vingt
ns sans l'autorisation de son tuteur. La coutume du Hai-
aut permettait l'aliénation des immeubles à cet âge : on
emande quel sera l'effet de la vente consentie par le mi-
eur gantois ? Le vendeur était incapable, et cette inca-
acité reste attachée à sa personne comme une plaie à
on corps. Tel est le principe du statut personnel. Les
lossateurs en concluaient que le mineur était inca-
able de vendre, quelle que fût la situation des biens et
uoique la coutume de la situation permît d'aliéner à vingt
ns. Ce n'est pas ainsi que Bourgoingne entend la per-
onnalité du statut. Il décide, dans l'espèce, que le mineur
'est pas obligé personnellement, partant que l'acheteur

(1) Burgundus, *Ad consuetudines Flandriæ*, tract. II, n° 7, p. 18.

n'aura aucune action contre lui pour demander la délivrance, ni pour réclamer des dommages-intérêts en cas d'éviction. Mais si la tradition a été faite avec les formalités de l'ensaisinement prescrites par les coutumes de nantissement, la propriété sera transférée à l'acheteur (1). On voit quel est l'effet de la personnalité du statut d'après le légiste belge. Le mineur est incapable; cela veut dire que sa personne est frappée d'incapacité; il ne peut faire aucun acte personnel, c'est-à-dire qu'il est incapable de contracter un engagement personnel en s'obligeant. Par application de ce principe, Bourgoingne décide que le mineur qui vend un immeuble assis dans le Hainaut n'est pas obligé, que l'acheteur n'a aucune action contre lui, parce que l'obligation que le mineur a contractée est nulle à raison de son incapacité. Autre est la question de savoir quel est l'effet de la vente quant à la translation de la propriété. Cette question n'est pas décidée par le statut personnel du vendeur, car elle est étrangère au lien d'obligation qui résulte du contrat; elle est décidée par le statut réel; or, d'après la coutume de la situation, la vente transporte la propriété par la tradition, pour mieux dire, par les œuvres de loi, puisque le Hainaut était un pays de nantissement.

308 *bis*. Reste à savoir les motifs pour lesquels Bourgoingne restreint les effets du statut personnel au lien d'obligation qui résulte du contrat. Le légiste belge identifie le statut avec l'action qui en naît : est-ce une action personnelle, le statut sera personnel; est-ce une action réelle, le statut sera réel. Il a emprunté cette doctrine à un jurisconsulte breton, Bohic, président du parlement de Bretagne, dont d'Argentré parle toujours avec les plus grands éloges ; c'est assez dire que Bohic était un réaliste comme Bourgoingne; c'est pour réaliser les statuts personnels qu'ils ont imaginé de les confondre avec les actions personnelles, actions mobilières, le plus souvent, et étrangères, en tout cas, à l'aliénation des immeubles; tandis que les actions réelles ont pour objet la propriété

(1) Burgundus, *Ad consuetudines Flandriæ*, tract. I, n° 7, p. 4.

ou les démembrements de la propriété. Dire que le statut est réel quand il en naît une action réelle, c'était réaliser tous les statuts qui concernent l'aliénation totale ou partielle des immeubles. Il en résultait, en effet, qu'une personne incapable en vertu de son statut personnel, tel qu'un mineur, pouvait aliéner si le statut de la situation permettait l'aliénation à un âge où, d'après son statut personnel, le propriétaire était encore incapable. Cette doctrine, disaient les réalistes, est une conséquence de la réalité des coutumes. Le statut personnel n'a aucune action sur les biens situés hors du territoire de la coutume ; ce serait porter atteinte à la réalité du statut de la situation ; ce statut a seul qualité pour régler la transmission des biens, donc si ce statut permet l'aliénation à vingt ans, tout propriétaire ayant atteint cet âge peut aliéner. Que l'on n'objecte pas que le statut réel ne peut habiliter ni inhabiliter la personne. Bourgoingne répond que le statut du Hainaut n'habilite pas le mineur qui vend ; celui-ci reste incapable de s'obliger, et l'obligation qu'il a contractée reste nulle ; le statut local règle uniquement l'aliénation et il a seul le droit de la régler (1).

Ainsi l'assimilation que Bourgoingne établit entre l'action personnelle et le statut personnel d'une part, et, d'autre part, entre l'action réelle et le statut réel, conduit à écarter le statut personnel quand il s'agit des biens. C'était réaliser le statut personnel dans ses applications les plus importantes ; en effet, c'est en vue des biens, et notamment des biens immeubles, que les statuts personnels déclarent certaines personnes incapables ; si, malgré cette incapacité, l'aliénation faite par le mineur transporte la propriété, à quoi servira le statut personnel de l'incapacité ? J'ai dit que c'est dans le même but de neutraliser le statut personnel que d'Argentré avait inventé ses statuts mixtes. Bourgoingne, quoiqu'il rejette cette troisième espèce de statuts, aboutit au même résultat. Le statut d'Alost défendait à la femme mariée de s'obliger et

(1) Burgundus, *Ad consuetudines Flandriæ*, tractatus I, nos 7 11, p. 4-6.

d'aliéner ses biens. Telle est aussi la disposition de code civil. Elle est tout ensemble personnelle et r dit le légiste belge : personnelle en tant que la femm incapable d'obliger sa personne, et cette incapacité l partout où elle se trouve, même là où, d'après le s local, elle pourrait s'obliger valablement : réelle, en qu'elle concerne les biens que la femme aliène; pa l'aliénation sera valable si, d'après le statut de la situ la femme est capable d'aliéner. C'est à cette occasio Bourgoingne dit que les biens tirent à eux les pers et les affectent, sans que, du reste, le statut local h ou inhabilite la personne. Dans cette théorie, le personnel n'a d'autre effet que d'habiliter ou d'inhal la personne quant aux actes d'administration et qua obligations purement personnelles contractées par l sonne. Le statut personnel est étranger aux biens; gation de la personne lie la personne, elle n'a aucu direct quant aux choses; elle donne seulement une au créancier contre son débiteur. C'est là l'objet du personnel. Dès qu'il s'agit des choses et de leur mission, le statut personnel est hors de cause, pu n'y a plus de lien personnel, plus de débiteur, de créancier; la chose est en jeu, donc le stat réel (1).

309. Cette théorie des statuts personnels et ré point trouvé faveur. Elle a été répudiée par les ré eux-mêmes, à plus forte raison par les statutair prennent au sérieux le principe de la personnalité Voet, le meilleur des jurisconsultes hollandais, bi réaliste à outrance, combat avec une violence qui est pas habituelle les *subtilités* de Bourgoingne : c mot dont il se sert. « C'est tromper, s'écrie-t-il, o se tromper d'une façon étrange, à moins que t principes de droit ne soient faux, que de croire contrat de vente puisse être nul et que néanmoins dition ou l'ensaisinement fait en vertu de ce contrat

(1) Burgundus, *Ad consuetudines Flandriæ*, tractatus I, n p. 9 et 10.

e la propriété. Que l'on veuille bien me dire comment tradition transférerait la propriété, alors qu'elle se fait s cause, et il n'y a plus de cause lorsque le contrat est l. » Quant aux œuvres de loi, elles ont pour but unique donner de la publicité aux actes en vertu desquels la opriété se transmet. Afin d'empêcher que les tiers ne ient trompés par des aliénations clandestines, les coumes veulent que la déshéritance et l'adhéritance se ent dans des formes solennelles destinées à porter les ations de propriété à la connaissance de tous : comnt la publicité donnée à un contrat aurait-elle pour t de transférer la propriété, alors que le contrat est l? L'hypothèse inverse peut se présenter. L'aliénation ut être consentie par celui qui était capable d'après son tut personnel, tandis qu'il est incapable d'après le stat de la situation. Quel sera l'effet de l'aliénation? près le droit strict de la réalité des coutumes, on derait l'annuler. Voet dit que si on la valide, c'est par courisie ou en vertu d'une convention tacite intervenue entre s États. Je reviendrai sur cette doctrine, qui est aujourhui assez généralement admise. Dans le système de urtoisie, il n'est plus question de droit (1). Bourgoingne invoque point la *comitas*; il parle comme légiste, et sur terrain du droit, il faut décider, avec Voet, que si le ntrat est nul, la tradition ou la publicité ne sauraient 'oir pour effet de le valider. Et, dans notre opinion, il ut ajouter que si le contrat est valable en vertu de la utume du domicile, la propriété est transférée, pourvu e les parties intéressées remplissent les conditions escrites par la loi territoriale pour la transmission de la opriété à l'égard des tiers.

Rodenburg, conseiller à la cour d'Utrecht, un des eilleurs statutaires, rend hommage à la science de ourgoingne et à la subtilité de son esprit; mais il étonne d'autant plus de la théorie étrange qu'il a mise n avant sur les effets de l'incapacité et du statut personel. Quoi, dit-il, une seule et même personne, dans un

(1) J. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, lib. IV, tit. IV, n° 9.

seul et même acte, relatif à une seule et même cho
sera tout ensemble incapable et capable! Le mineur,
femme mariée seront incapables de contracter, l'oblig
tion qu'ils consentent sera nulle, le créancier n'au
aucune action contre eux, et néanmoins ce contrat se
valable à l'égard de ce même créancier et lui transfére
la propriété de la chose vendue en vertu d'un contr
nul (1). Voilà une série d'impossibilités juridiques que l
essayerait vainement de concilier. Il y en a encore un
et ce n'est pas la moins grave. Pourquoi, dit Boulleno
la loi déclare-t-elle incapables les mineurs, les femm
mariées, les interdits? C'est pour les protéger contre le
incapacité en leur défendant d'aliéner leurs immeubl
car, quant aux meubles, la conséquence de leur al
nation n'est pas ordinairement si considérable pour
fortune des incapables, et les engagements personn
qu'ils contractent ne sont de quelque importance
quand ils s'exécutent sur les biens immeubles. C'est d
principalement les fonds que le législateur a envisa
dans la matière de l'incapacité, et c'est pour garantir
incapables que le statut personnel les protége parto
Et voilà que cette protection tourne contre eux! On l
dit : « Oui, vous êtes incapables, vous pourrez invoq
la nullité de l'obligation que vous contracterez. » Qui
croirait que voilà leurs intérêts pleinement sauvegard
Non, ils seront dépouillés de leurs biens immeubles
partie la plus précieuse de leur fortune, que la loi te
surtout à leur conserver. Boullenois met encore à n
subtilité juridique qui avait fait illusion à Bourgoin
Le légiste belge admettait les statuts personnels; c
était de principe que les statuts dépendaient de la lo
domicile, et que la loi de la situation des biens ne pou
habiliter ni inhabiliter la personne. Or, n'est-ce pas h
liter le mineur que de valider l'aliénation qu'il fait? B
goingne prétendait que la loi locale n'affectait pas la
sonne, qu'elle ne faisait que la placer dans une cert

(1) Rodenburg, *Tractatus de jure conjugum cum tractatione pr
nari de jure quod oritur ex statutorum discrepantium conflictu* (Tr
1653, tit. II, c. I, § I, p. 28, sqq.)

ition qui convenait à la qualité des biens. N'est-ce se payer de mots? Quoi! voilà un mineur, incapable état, qui vend un immeuble; il n'a pas la capacité éner, et néanmoins vous déclarez la vente valable à ird de l'acquéreur; donc vous donnez au mineur une ine capacité qu'il n'avait point, et une capacité qui nd à tous ses biens immeubles, et cette capacité, c'est i de la situation qui la lui donne, partant elle l'habi- Et comment la loi de la situation, loi réelle qui n'a ine autorité sur la personne, peut-elle la rendre capa- d'incapable qu'elle est (1)?

a réfutation est complète. Ce qui a égaré le subtil ste, c'est qu'il voulait à toute force maintenir l'auto- du statut réel, et comme il admettait que le statut onnel suivait l'incapable partout, de même que la plaie ite le corps, il s'est trouvé engagé dans une inextri- e difficulté : comment concilier la réalité du statut de ituation des biens avec la personnalité du statut de la icité? Bourgoingne crut trouver la solution d'un pro- ne insoluble, en limitant le statut de l'incapacité aux gations personnelles contractées par l'incapable, tout lonnant au contrat les effets réels concernant la trans- on de la propriété. C'était diviser ce qui est indivisible, seule et même volonté. Chose remarquable! cette érence entre le lien d'obligation et la transmission du it réel, sur laquelle roule toute l'argumentation de irgoingne, était une disposition du droit romain qui tenait pas à l'essence des choses; elle a disparu de re législation qui donne au contrat l'effet de transfé- la propriété, de sorte que, sous l'empire du code civil, aisonnement de Bourgoingne devient impossible. C'est dernier argument qui vient renverser l'échafaudage de tilités du légiste belge. Si on l'écoutait, tous les statuts aient aujourd'hui réels, puisque l'obligation, aux termes code civil, engendre le droit réel et tout ce qui tient au it réel dépend du statut de la situation. Il faut dire, contraire, que tout statut où la volonté de l'homme est

Boullenois, *Traité des statuts*, t. I, p. 132.

en jeu est personnel, quand même il aurait des effets réels, car la volonté humaine est ce qu'il y a de plus personnel au monde.

III. *Paul Voet. Le système de la réalité absolue.*

310. Paul Voet a écrit un traité sur les statuts et leur conflit. Cela lui donne l'air d'un chef d'école et, en un certain sens, il l'est. Quoiqu'il admette les statuts personnels, sa doctrine tend à les annuler et, par suite, il aboutit au réalisme absolu. Paul Voet a transmis cet héritage à son fils Jean, qui est bien supérieur à son père, comme jurisconsulte, et sa théorie règne aujourd'hui à peu près en souveraine dans le monde des faits. C'est la seule raison pour laquelle j'inscris le nom de Paul Voet dans cette esquisse historique; par lui-même, son traité est de médiocre valeur.

Le traité de Voet comprend trois cent seize pages; il en consacre cent seize à une introduction, véritable encyclopédie, où il parle de tout, sauf de l'histoire des statuts qui aurait été plus intéressante que le droit divin et le droit sacré, le droit naturel et le droit des gens. Paul Voet entre en matière en définissant les statuts ; la définition qu'il donne du statut personnel est très restrictive, ce qui révèle déjà la tendance de l'auteur. Pour que le statut soit personnel, il faut qu'il règle l'état de la personne; l'auteur entend par là l'état universel, par exemple, la minorité, la majorité, l'interdiction ; c'est rejeter dans la classe des statuts réels tous ceux qui affectent, à la vérité, l'état de la personne, mais seulement sous un certain rapport, en lui permettant ou en lui défendant un acte particulier. Il cite comme exemple le statut qui prohibe les libéralités entre époux. Nous avons déjà rencontré des débats sur la nature de ce statut : est-il personnel ou réel? La controverse dure toujours; Voet la tranche par sa définition : le statut ne dispose pas de l'état universel des époux, donc il n'est pas personnel; il leur défend seulement de se faire des libéralités, ce qui a

port aux biens plutôt qu'à la personne (1). Si l'on admet définition de Voet, la chose est évidente; mais quelle la raison de cette définition restrictive? Pourquoi it-il, pour qu'un statut soit personnel, qu'il règle l'état iversel de la personne? Le légiste hollandais ne répond s à ces questions. C'est cependant le point essentiel. ire des définitions arbitraires que l'on pose comme iomes, c'est admettre de prétendues vérités qu'il fauait commencer par prouver. Or, je cherche vainement raison de la différence que l'auteur établit entre l'état iversel et l'état particulier des personnes; c'est toujours tat qui est en cause, et dès qu'il s'agit de l'état et d'une rtaine capacité ou incapacité qui en résulte, on se trouve pleine personnalité. Qu'importe que l'état particulier t en vue les biens de la personne : n'en est-il pas de ême de l'état général? L'état de minorité n'est-il pas abli précisément à raison des biens du mineur? Et si la i veut que les aliénés soient interdits, n'est-ce pas exclurement pour les empêcher de se ruiner eux et leurs milles? Il faudrait donc dire que l'interdiction forme un atut réel? A vrai dire, Paul Voet n'a d'autre raison de streindre le statut personnel à l'état général de la perane, sinon qu'il ne veut pas de statut personnel, ou, ce i revient au même, dans sa doctrine, le statut personl est un statut nominal; ce qui domine, c'est le statut el.

311. Il ne suffit pas de reconnaître l'existence des atuts personnels, l'essentiel est de voir quels effets on ur attribue. Bourgoingne admet aussi le statut personl, et quand il compare le statut d'incapacité à la plaie i affecte le corps, on croirait que le statut suit la permne partout et a effet partout. Il n'en est rien, comme viens de le dire (n° 303); à force de subtiliser, le subl légiste fait presque disparaître la plaie et le corps paraît ain ainsi que l'âme, quoique l'un et l'autre soient maades. Voyons quels sont les effets que Paul Voet donne u statut personnel.

(1) P. Voet, *De statutis*, sect. IV, cap. 2. n° 5, p. 122 (édit. de Bruxelles, 715).

ces Etudes. L'état général de chaque perso
réglé par le statut du domicile; telle est là
tous les statutaires. Porte-t-elle cet état avec
où elle se trouve? Tous les statutaires le dise
comparaisons de l'état d'incapacité avec la lè
une plaie pour marquer que l'état se confond
sonne, d'où suit que la personne ne saurai
avoir un état différent de celui que lui donn
personnel. Est-ce ainsi que Voet l'entend? N
est question de biens. Sans doute, le mineur
à son statut personnel quant aux biens sit
territoire du statut, il ne pourra pas aliéner
territoire les biens qu'il y possède; cela est d'év
que faut-il dire des biens situés ailleurs? Ic
table siége de la difficulté; le légiste hollan
pas à répondre, comme si c'était un axiome, q
personnel ne s'étend pas aux biens immobilie
du territoire. Demandez-lui ses raisons, il vo
lois romaines dans une matière sur laquell
maines sont muettes, ou s'il allègue des arg
manière des légistes, ce sont encore de préten
fondés sur des lois romaines et sur le tém
interprètes. Aucun statut, dit Voet, de qu
qu'il soit conçu, personnel ou réel, ne s'étend
ritoire de celui de qui il émane. La raison e
Etats jouissent d'une indépendance absolue,

ffet, l'argumentation de Voet implique que la souveraineté est territoriale, en ce sens que les immeubles qui onstituent le territoire sont soumis à la puissance exclusive de la loi du territoire. Est-ce là la vraie notion de la ouveraineté? Telle est la question qui domine tout le débat, et le légiste hollandais n'en dit pas un mot, toujours ar cette habitude des dogmatiseurs qui procèdent par xiomes dont la vérité leur paraît évidente. Mais l'évidence e doit être admise que lorsqu'il y a des raisons évidentes, t Voet ne discute pas même la nature et la portée du ouvoir souverain. Hâtons-nous d'ajouter qu'il ne faut pas n faire un grief à l'auteur; la question n'était pas née. 'oujours est-il que l'argumentation qui paraissait invinible à lui et à tous les réalistes repose sur un fondement rès frêle. J'en ai déjà touché un mot et j'y reviendrai. n mineur vend des immeubles assis dans une coutume 'après laquelle il serait majeur et, partant, capable d'aliéer. La souveraineté est-elle intéressée à ce qu'une peronne incapable en vertu de son statut soit reconnue comme apable? Non, certes. Donc la loi peut, sans compromettre son autorité souveraine, abandonner le règlement le ces intérêts au statut personnel, lequel est seul cométent pour décider si les personnes sont capables ou incaables.

312. Le réalisme de Paul Voet trouva un adversaire, Abraham van Wesel. La critique ne porte pas sur les rincipes, l'auteur se borne à discuter une question spéiale, celle de l'interdiction pour cause de prodigalité (1), t la discussion n'est pas très sérieuse. Il ne vaudrait pas a peine de s'y arrêter si elle n'avait donné occasion à Voet de défendre sa doctrine en la développant plus qu'il e l'avait fait dans son traité des statuts (2). « Aucun staut, dit-il, de quelque nature qu'il soit, ne s'étend hors du erritoire de celui qui l'a porté, ni directement, ni par voie

(1) Abraham a Wesel, *Commentarius ad novellas ultrajectinas constitutiones*, art. XIII, nos 27 et 28 (*Opera*, p. 106 et 107, éd. de Gand, 1729).
(2) P. Voet, *Mobilium et immobilium natura*, p. 112-120, cap. XII (édit. Utrecht, 1714).

de conséquence (1). » Ces derniers termes font allusion aux glossateurs et aux statutaires qui les suivent; ils avouaient que le statut personnel ne pouvait dépasser le territoire, mais ils prétendaient que le statut de l'incapacité ou de la capacité n'agissait sur les biens que par voie de conséquence. Les partisans de la personnalité posaient mal la question, aussi bien que les défenseurs de la réalité; ils semblaient même reconnaître qu'aucun statut ne pouvait dépasser le territoire. Voet a raison de dire que si cela ne se peut directement, par cela même la chose est impossible indirectement et par voie de conséquence. Où est la raison pour laquelle un souverain, qui ne doit aucune obéissance à un statut, admettrait l'autorité de ce statut et reconnaîtrait ainsi une souveraineté étrangère? Il n'y a rien à répondre à Voet sur le terrain de la souveraineté territoriale; les défenseurs de la personnalité auraient dû attaquer le principe même des réalistes, c'est-à-dire l'idée qu'ils se faisaient de la souveraineté, et ils n'y songeaient point.

Dans sa réponse à van Wesel, Voet fait une comparaison qui touche à la vraie difficulté. Un jugement, dit-il, n'a pas de plein droit effet en pays étranger. Pourquoi? Parce que le jugement peut être inique. Et n'en est-il pas de même des statuts? Sans doute, mais, dans ce cas, il y a un intérêt social en cause, aucun Etat n'étant tenu de prêter la main à l'iniquité. Il faut dire qu'il y a plus qu'un intérêt, c'est un devoir pour chaque Etat de ne pas accorder son appui à la violation de la justice, et c'est aussi un devoir pour lui de ne pas donner effet à une loi qui ébranlerait les fondements de l'ordre social. Voilà les vrais fondements de la réalité et de la souveraineté. Par contre, quand un jugement est conforme à la justice, le juge étranger en permet l'exécution; il doit, à plus forte raison, autoriser l'application d'une loi de pur intérêt privé

(1) C'est à peu prés la formule de Vander Muelen, *Decisio brabantina super famosissima quæstione*, p. 108 : « *Absolute* et *illimitate* asserere nil vereor, *nullum statutum ultra territorium vires suas exercere posse* adeoque rectissime *localia* vocari, cum omnis localis potestas territorii finibus circumscripta sit. »

qui ne blesse en rien les droits de la société. Voet est d'accord, mais, dit-il, cela se fait par courtoisie, aucun lien de droit n'oblige l'Etat étranger. Quoi! il n'y a aucun lien de droit entre les hommes et les peuples! Voilà jusqu'où va le principe de la souveraineté territoriale. La conscience se révolte contre une doctrine qui fait dire au souverain : « Le jugement dont vous demandez l'exécution est juste, mais il ne me plaît pas d'en permettre l'exécution; je suis le maître chez moi. Le statut que vous invoquez déclare le mineur incapable; il me plaît à moi de lui permettre d'aliéner ses héritages et de se ruiner; je suis le maître et je n'ai de compte à rendre à personne. La courtoisie que vous invoquez me laisse libre d'agir comme je l'entends, et j'use de ma liberté. » Que des peuples barbares tiennent ce langage, soit. Mais que des jurisconsultes le mettent dans la bouche de peuples civilisés, cela ne témoigne guère pour la civilisation au nom de laquelle ils parlent.

IV. *Jean Voet et Huber. La doctrine de la courtoisie ou de l'intérêt.*

313. Jean Voet est peu connu en France. Dans nos provinces, il a toujours joui d'une grande autorité et à juste titre; il unit l'esprit pratique au bon sens et à la science; à tous égards, on peut le comparer à Pothier, et il lui est supérieur par la beauté de la forme; son langage est d'une clarté limpide et son élégance est sans affectation. Bien que son ouvrage porte le titre de *Commentaire sur les Pandectes*, ce n'est pas un traité exclusivement romain; il tient grand compte du droit coutumier : c'est le conflit si fréquent dans l'ancienne jurisprudence entre les diverses coutumes qui l'a engagé à ajouter au titre VI du livre premier, une deuxième partie traitant des statuts (1), et il revient souvent sur ces matières difficiles. Pour la science du droit international privé, Jean Voet a une importance capitale; il est réaliste décidé, mais il n'entend

(1) Voet, *Commentarius ad Pandectas*, t. I, p. 38 (édition VI, La Haye, 1734).

site de régler le conflit des lois par des con
Dans mon opinion, il se trompe comme théoric
le praticien a raison; il a vu clairement l'inan
doctrine des statuts au point de vue pratique; ce
duit à nier l'existence d'un droit civil internat
à demander qu'il soit réglé par des traités. On
qu'il y ait des principes certains pour décider le
tés que fait naître la diversité des lois, mais on n
nier que les difficultés existent et qu'elles deman
solution. La courtoisie n'est pas un principe ni
tion; c'est le motif qui, selon Voet, engage les
donner effet à des lois étrangères; mais quel es
et jusqu'où s'étend-il? La courtoisie ne donne poi
ponse à cette question. C'est le côté faible de la
de J. Voet; il tient à son réalisme. Les réalistes
tant qu'ils le peuvent, l'application des lois étr
tandis que ces lois ont, dans notre science, la mê
rité que les lois nationales. Ce qui a égaré Voe
particularisme hollandais, on peut dire belge,
nous sommes frères, et nous partageons avec n
du Nord cet esprit communal et provincial qui d
ficilement ouverture à un droit cosmopolite. Vo
cependant dans un siècle qui poussait le cosmo
jusqu'à l'excès, mais le professeur de Leyde est
dehors de ce mouvement; il n'y a pas chez lui
de l'esprit philosophique qui entraînait l'humar

er la parole, sauf à le combattre, tout en reconnaissant ce que le réalisme peut avoir de légitime.

214. Voet accepte la division traditionnelle des statuts en personnels et réels; quant aux statuts mixtes, nous les laissons provisoirement de côté. Les autorités qu'il cite font connaître sa tendance : c'est d'Argentré en tête, puis les réalistes belges, hollandais et allemands, Bourgoingne, Paul Voet, Rodenburg, Maevius. Sa définition du statut personnel est moins restrictive que celle de Paul Voet : pour qu'un statut soit personnel, il faut qu'il règle l'état universel de la personne; mais quand même il serait question de biens dans un statut, il ne laisse pas d'être personnel si le but principal du législateur a été de régler l'état de la personne et l'incapacité ou la capacité qui y est attachée. Le statut est réel quand il a principalement en vue les biens, quand même il y serait question de personnes. Dans l'application, Voet réalise tous les statuts sur lesquels il y avait controverse : les statuts de succession, de communauté, de libéralités entre époux, ainsi que les testaments (1).

On voit que la définition et la qualification des statuts est assez indifférente; l'essentiel est de savoir quels sont les effets que l'on y attache. Voet déclare que, sous ce rapport, il n'y a pas à distinguer entre les diverses espèces de statuts; aucun n'a d'effet par lui-même hors du territoire de celui qui l'a porté et contre la volonté du législateur sur le territoire duquel on voudrait l'appliquer. La souveraineté étant territoriale, les lois, expression de l'autorité souveraine, ne peuvent avoir d'effet que dans le territoire sur lequel s'étend l'autorité du souverain. Et si le souverain s'oppose à ce qu'on applique dans ses Etats une loi étrangère, qui pourrait avoir la prétention de l'y contraindre (2)? Cela est d'évidence, mais est-ce bien là la vraie difficulté? Les Etats sont souverains, mais qu'est-ce que la souveraineté? Est-ce le pouvoir illimité du souverain de faire ce qui lui plaît et de ne pas faire ce qui lui

(1) Voet, lib. I, tit. IV, pars II, nos 2 et 3 (t. I, p. 39).
(2) Voet, lib. I, tit. IV, pars II, n° 5 (t. I, p. 39).

déplaît? Voet semble le croire; on dit, en effet, que les peuples vivent entre eux dans l'état de nature, et dans l'état de nature, comme le dit Hobbes, l'homme est un loup pour l'homme. Qui s'aviserait de parler de droit dans un pareil état de choses? Entre les loups, il n'y a point de droit. Et s'il n'y a point de droit entre les nations, pourquoi Voet écrit-il un traité sur les statuts, ce que nous appelons aujourd'hui le droit *international* privé? Voet a un mot caractéristique pour marquer la nature de la puissance souveraine sans limite ni mesure; il l'appelle *summum jus*, ce qui, disent les jurisconsultes, est synonyme de *summa injuria*. Voet convient qu'à la rigueur chaque peuple peut user de ce *summum jus* en faisant valoir son autorité *mordicus* (1), sans restriction et sans ménagement; mais il a soin d'ajouter *quousque potest*. En effet, l'Etat qui veut user de son droit *mordicus* se trouve en face d'autres Etats qui ont aussi leur droit *mordicus*; de là d'inévitables conflits. L'histoire en est pleine, et c'est la force qui les décide. En sera-t-il de même dans la sphère des intérêts privés? Ici la justice décide, car il y a des tribunaux. Comment jugeront-ils? D'après le droit *mordicus?* Ce serait la force sous couleur de droit; or, les idées de force et de droit s'excluent. Que restera-t-il dans la théorie de la souveraineté illimitée? Une justice sans règle, c'est-à-dire pas de justice. Voet dit qu'il se propose de déterminer la nature et les effets des statuts d'après la raison naturelle (2). S'il avait procédé ainsi en parlant de la souveraineté, il aurait avant tout recherché quelle est l'essence de la souveraineté, son but, son étendue, et il se serait convaincu que toute puissance humaine, que dis-je? même la puissance divine ont une règle et une mesure. La souveraineté illimitée, de même que le prétendu état de nature où l'homme est un loup pour l'homme, sont de vaines abstractions qu'il serait bon de laisser de côté quand il est question de droit, c'est-à-dire de la vie réelle.

(1) Voet, lib. 1, tit. IV, pars II, nº 1 (t. I, p. 38).
(2) *Ex ipsis juris et rationis naturalis principiis*, lib. I, tit. IV, pars II, nº 1 (t. I, p. 38).

315. En disant qu'aucun statut, fût-il personnel, n'a l'effet hors du territoire, Voet détruit la distinction des statuts, car il assimile le statut personnel au statut réel quant à ses effets. A partir des glossateurs qui, les premiers, ont admis un statut personnel, tous les statutaires, même les réalistes, d'Argentré, Bourgoingne, Christyn, enseignent que le statut personnel est tellement attaché à la personne qu'il en est inséparable; les uns disent qu'il est inhérent aux os, les autres le comparent à une plaie ou à la lèpre. Le code Napoléon a reproduit la doctrine, consacrée par une tradition séculaire, en disposant que « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger » (art. 3). Voet demande aux partisans de la personnalité des statuts comment ils s'y prendront pour donner force au statut personnel en pays étranger? Est-ce que par hasard le statut personnel ne tient pas son autorité de la puissance du souverain? A-t-il en lui une puissance universelle qui lui permette de s'étendre sur le monde entier? Qui lui a donné cette force singulière? Tout statut est une loi, et la loi n'a pas plus d'autorité que le législateur qui l'a portée. Et où est le législateur qui ait le pouvoir de faire des lois obligatoires pour tous les peuples? Le législateur français décide que le Français sera majeur à vingt et un ans, même à l'étranger. Mais si la loi du pays où il réside ne reconnaît pas cette majorité, que fera-t-il? Se prévaudra-il de la loi française? On lui répondra que l'autorité de la loi française expire aux frontières de la France. Que l'on veuille bien me dire, demande Voet, ce que devient alors la personnalité du statut de majorité (1)?

Les statutaires invoquent le droit romain. Voet aurait pu le récuser, puisque les jurisconsultes de Rome ignoraient la théorie des statuts. Il a une autre réponse également péremptoire. L'autorité du tuteur, nommé à Rome, s'étend, il est vrai, sur tous les biens du pupille, quelle que soit leur situation. Mais de quels biens s'agit-il? De

(1) Voet, lib. I, tit. IV, pars II, n° 7 (t. I, p. 40).

biens situés dans l'empire romain; or, l'autorité de la loi et du magistrat comprend naturellement tout le territoire. Est-ce que les jurisconsultes romains disent que le tuteur aura le droit d'administrer les biens de son pupille situés hors de l'empire? Ils ne prévoient pas même cette hypothèse. Aujourd'hui, au contraire, il s'agit de savoir si une loi française qui règle l'état du mineur aura effet en Angleterre, en Allemagne, en Russie? Faut-il demander si le roi de France est empereur et maître du monde? Et s'il ne l'est point, de quel droit la loi qu'il fait serait-elle obligatoire pour les tribunaux anglais, allemands et russes (1)?

Il y a de l'ironie dans l'interpellation que Voet adresse aux statutaires. Il est vrai que ceux-ci ne se préoccupent point de la difficulté pratique que soulève l'application à l'étranger du statut personnel. Ils décident en théorie que l'état de la personne est indivisible, que l'homme ne saurait être tout ensemble majeur et mineur, majeur dans la coutume de son domicile, mineur dans la coutume de la situation des biens. D'Argentré, Bourgoingne ne se demandent pas si le souverain du pays où les biens sont situés pourrait s'opposer à l'applicatiou du statut personnel; dans leur opinion, le cas ne pouvait se présenter pour les immeubles, puisqu'ils soumettaient les biens immobiliers au statut de la situation, de préférence au statut du domicile; restaient les obligations et les actes d'administration pour lesquels ils invoquaient par analogie le droit romain. Quant aux statutaires qui étendaient aux biens situés hors du territoire les effets du statut personnel, ils se contentaient aussi de décider en principe que ledit statut avait action sur les biens par voie de conséquence; ils ne supposaient pas que le souverain du lieu où les biens sont situés y mettrait obstacle; s'ils avaient prévu la résistance, ils auraient certainement répondu comme Voet que le souverain est maître chez lui, parce que les jurisconsultes admettaient tous que la souveraineté était absolue; c'est une doctrine écrite dans les textes

(1) Voet, lib. I, tit. IV, pars II, n° 8 (t. I, p. 41).

omains, et les interprètes concoururent malheureusement à la répandre dans l'ordre politique (1). Si la souveraineté est absolue, il va sans dire que la loi territoriale peut s'opposer à l'application d'un statut personnel étranger. Notre question revient toujours : la souveraineté est-elle illimitée? Voet l'admet sans discussion, puisqu'il décide qu'en droit strict, chaque peuple peut exercer son pouvoir souverain jusqu'au bout, *mordicus*.

316. D'Argentré, quoique vivant dans une province où toutes les coutumes étaient réputées réelles, n'hésite pas à admettre la personnalité des statuts qui règlent l'état d'une personne et la déclarent capable ou incapable. Bourgoingne abonde dans cet ordre d'idées. Pourquoi tel statut fixe-t-il la majorité à vingt et un ans et tel autre à vingt-cinq? Est-ce par caprice, et faut-il dire que la justice humaine change d'une rive à l'autre d'un fleuve? Non; les conditions physiques, morales, politiques avancent ou retardent l'époque de la capacité. Quelle est l'autorité compétente pour apprécier les mille et une circonstances qui déterminent l'état et la capacité? Certes le souverain du domicile : qu'est-ce que la situation des biens assis dans d'autres climats a de commun avec la capacité de celui à qui ils appartiennent? Et l'on veut que celui qui est majeur d'après son statut personnel et pleinement capable de tous les actes de la vie civile, soit réputé incapable là où ses biens sont situés? Les statutaires crient à l'absurdité, et il y a de quoi. Qu'est-ce que Voet leur répond? D'abord, que les souverains des lieux de la situation sont les maîtres. Mauvaise réponse, car il ne s'agit plus de ce que peut le souverain, mais de ce qui est raisonnable ou absurde. Et est-ce que, par hasard, une chose cesserait d'être absurde, parce que le législateur l'aurait voulue? Voet a une autre réponse. L'unité du droit serait sans doute préférable, dit-il; mais cette unité existe-t-elle dans la doctrine des statutaires? Une succession s'ouvre; les biens sont situés dans des coutumes di-

(1) Voyez mes *Études sur l'histoire de l'humanité*, t. VII (*la Féodalité l'Église*), p. 559 et suiv. de la 2e édition.

verses, contraires; réglera-t-on la situation des biens d'après la loi unique du domicile? Non, pour chaque bien situé dans une coutume différente, il y aura une succession diverse. Voilà bien le comble de l'absurdité. Une seule personne peut-elle avoir trois ou quatre patrimoines régis par des coutumes contraires? Chacun des biens représentera-t-il la personne du défunt d'une manière diverse? La personne sera-t-elle déchirée en trois ou quatre quartiers, sans qu'elle cesse néanmoins d'être une seule et même personne? Autant de questions, autant d'absurdités. Si vous voulez éviter l'absurdité, dit Voet aux statutaires, il faut que vous soyez conséquents; appliquez aux statuts réels ce que vous dites des statuts personnels; soumettez les choses aussi bien que la personne à la loi du domicile. Est-ce que jamais l'un de vous a osé rêver une unité pareille? Acceptez donc la diversité des statuts, comme vous acceptez la diversité des souverainetés; admettez-la pour les statuts personnels comme vous les admettez pour les statuts réels (1).

Voet a raison de reprocher l'inconséquence aux statutaires. Tout partaient du principe que les coutumes sont réelles; logiquement ils auraient dû en induire qu'aucun statut n'a effet hors de son territoire; cela choquait la raison, les convenances, cela entravait les relations civiles; les statutaires se mirent donc à établir une exception pour l'état des personnes. C'était diminuer le mal, ce n'était pas le détruire dans sa racine. Est-il moins absurde de reconnaître trois ou quatre statuts différents pour la succession d'une seule et même personne que deux statuts contraires pour l'état d'une personne? Vous n'osez pas être logiques, dit Voet : cessez donc d'argumenter de l'absurdité pour soutenir que le statut personnel peut dépasser le territoire. Mais si les statutaires étaient illogiques, est-ce à dire que Voet avait raison de déclarer tous les statuts réels? Il y a une autre manière d'être logique c'est de déclarer que les statuts sont personnels en principe quand ils règlent des intérêts privés. Voet se trompe en disant

(1) Voet, lib. I, tit. IV, p. II, n° 8 (t. I, p. 41-43).

que jamais légiste n'a rêvé pareille absurdité. Un glossateur a soutenu que les successions devaient être distribuées d'après la loi du domicile du défunt (n° 241), et tout près de la Hollande, les coutumes de Flandre maintenaient l'unité en matière d'hérédité. Voilà le rêve en voie de devenir une réalité. Ce qui aurait été un rêve irréalisable, c'eût été de prétendre que tout statut est personnel. Il y a des statuts réels, ils ont leur raison d'être, et c'est précisément la souveraineté sur laquelle Voet se fondait, mais la souveraineté limitée à ce qui concerne l'existence et la conservation de la société; ce qui laisse dans le domaine des statuts personnels tout ce qui est d'intérêt privé.

317. Quand Voet enseigne que le statut personnel n'excède pas les limites du territoire, il entend dire que le souverain d'un autre territoire a le droit, en vertu de sa souveraineté absolue, de n'en pas tenir compte. C'est, en réalité, annuler le statut personnel, puisqu'on dénie le principal effet que les statutaires lui attribuent. Toutefois Voet maintient le principe de la personnalité. Le statut personnel est bien attaché à la personne, par la loi de son domicile; celle-ci peut le déclarer capable ou incapable, lui ordonner ou défendre ce qu'elle veut, sans que la personne puisse se soustraire à ses dispositions. La loi exerce un pouvoir absolu sur les personnes comme sur les choses, mais alors même que les personnes quittent le territoire, elle les suit partout où elles résident, en tant que ses commandements ou ses prohibitions peuvent s'exécuter sur son territoire. Celui qui est mineur d'après son statut personnel contracte à l'étranger; ce contrat est nul dans le lieu de son domicile, il n'y donne lieu à aucune action et n'y produit aucun effet (1). Ainsi une seule et même personne est capable et incapable, ce qu'elle fait est valable et nul. Voilà le conflit insoluble auquel aboutit la souveraineté absolue. Le souverain de la personne lui commande en maître, tant qu'elle reste soumise à son empire; et le souverain des choses leur commande aussi en maître.

(1) Voet, lib. I, tit. IV, pars II, n° 9 (t. I, p. 43).

Les deux souverainetés sont ennemies, rivales; l'une dé-fait ce que l'autre a fait, c'est un état de guerre : *Homo homini lupus*. Est-ce là la raison naturelle invoquée par Voet? Non certes, Dieu n'a point créé les hommes pour qu'ils soient des loups l'un pour l'autre.

Il y a un autre reproche à faire à Voet. Il se plaît à mettre les statutaires en contradiction avec eux-mêmes. Est-ce que lui-même est plus conséquent? La souveraineté absolue met les personnes dans la main du législateur; il dispose d'elles comme il l'entend. Pourquoi ne leur défend-il pas de quitter le territoire? Il en a le droit et le pouvoir. Jean Voet reconnaît que la loi peut défendre aux indigènes d'émigrer; elle peut donc les attacher au sol. C'est un moyen plus énergique de donner force à ses prohibitions et à ses commandements que celui que Voet propose. Mais c'est une logique qui heurte la raison naturelle et les plus simples nécessités de la vie. Ainsi la souveraineté territoriale, illimitée, conduit, ou à la guerre de tous contre tous, ou à l'isolement complet, impossible. Voilà des absurdités pires que les inconséquences des statutaires.

318. Il y a un vieil adage que tout le monde admet : l'acte est valable quand il est dressé d'après les formes prescrites par la loi du lieu où il a été passé. Voet le rejette, parce que cette maxime est contraire à la réalité des statuts. En effet, il en résulte qu'un testament sera valable quant aux biens situés dans un lieu où la coutume exige sept témoins, quoiqu'il ait été reçu par un notaire et deux témoins. Voet trouve que cela est absurde. Quoi! s'écrie-t-il, le juge de Frise devra reconnaître la validité d'un testament reçu en présence de deux témoins, alors qu'il devrait déclarer nul un testament dressé en présence de six témoins, tous hommes notables et de lui connus, tandis qu'il ne connaît point les deux témoins qui ont assisté au testament dressé dans la province de Hollande! Le légiste hollandais ne tient aucun compte des motifs qui justifient l'adage qu'il traite d'absurde. Pourquoi se contente-t-on des formes établies par le statut local? Ces solennités ont pour objet d'assurer que le testament est l'expression de la libre volonté du testateur : or,

qui peut mieux que le législateur local savoir quelles formes atteindront ce but? Si le statut de Hollande veut que le testament soit reçu par un notaire, en présence de deux témoins, c'est qu'il a pleine confiance dans un officier public, dont les lumières et la probité sont une garantie plus forte à ses yeux que l'assistance de sept témoins, gens plus ou moins ignorants. Où est donc l'absurdité que le testament, déclaré valable par la loi locale comme présentant toutes les garanties morales et légales, soit valide partout ailleurs? Les juges de la situation des biens auraient-ils la prétention de mieux savoir que le législateur local quelles formes conviennent pour la rédaction des actes? Voet tient à peine compte de la nécessité et des convenances qui ont fait admettre dans tous les pays la maxime d'après laquelle *Locus regit actum* : ces raisons, dit-il, peuvent justifier l'adage traditionnel au point de vue de l'intérêt réciproque des peuples et de la courtoisie que l'on observe entre les nations; mais il n'en est pas moins vrai que l'adage est contraire à la réalité des statuts, donc à la souveraineté du lieu où les biens sont situés (1). Oui, si l'on admet, comme on le faisait jadis, que la souveraineté est établie dans l'intérêt du souverain. Non, si la souveraineté n'a d'autre raison d'être que de sauvegarder les intérêts généraux de la société; et où est l'intérêt social qui s'oppose à ce qu'un testament reçu par un notaire et deux témoins, conformément aux lois locales, soit valable partout?

319. Il y a une autre règle universellement admise, c'est que les meubles suivent la loi de la personne. Elle est contraire à la réalité des statuts : cela ne prouve-t-il pas contre le principe de la réalité, puisque toutes les nations donnent la préférence au statut du domicile sur le statut de la situation? C'est une objection contre le système de Voet; il cherche à y répondre. D'abord, dit-il, il serait difficile d'appliquer aux meubles le statut de la situation, puisque les objets mobiliers, se transportant

(1) Voet, lib. 1, tit. IV, pars II, n° 10 (t. I, p. 43). Comparez Paul Voet, *Mobilium et immobilium natura*, p. 114, sqq.

fréquemment d'un lieu à un autre, n'ont point d'assiette fixe. Eh! qu'importe? Ils ont une assiette déterminée, cela devrait suffire pour leur appliquer le statut de la situation. Voet a recours à une fiction pour expliquer la règle : comme les meubles servent à l'usage de la personne, la loi feint qu'ils se trouvent là où la personne est domiciliée; c'est donc là leur situation légale, partant on peut dire que les meubles suivent la loi de la situation, plutôt que la loi de la personne. L'explication est peu satisfaisante. D'abord il n'est pas exact de dire que tous les meubles servent à l'usage de la personne; puis il est de principe qu'il n'y a point de fiction sans loi, et où est la loi qui déclare que les meubles sont présumés situés là où la personne a son domicile? Comme la fiction ou du moins la maxime existe partout, il faudrait un législateur universel pour l'établir, ou une loi dans chaque pays. Voet finit par invoquer les convenances et la courtoisie, comme il le fait dans tous les cas où l'on admet un statut personnel, qui dépend du domicile de la personne et qui étend ses effets partout (1).

320. Qu'est-ce que c'est que ces convenances et cette courtoisie qui viennent déroger au principe de la réalité des statuts et par conséquent de la souveraineté territoriale? En droit strict, la souveraineté est absolue, exclusive, comme la propriété, avec laquelle elle se confond dans le système féodal. La propriété exclusive se comprend. Libre aux individus de s'isoler, de vivre pour eux seuls, ne donnant rien aux autres, et ne recevant rien d'eux, se retranchant dans leur droit comme dans une forteresse, sans en rien sacrifier au profit de leurs voisins, et ceux-ci tout aussi exclusifs, refusant toute concession, tout service, toute bienveillance. Tous ces propriétaires sont dans leur droit strict; mais s'ils ont les jouissances de l'égoïsme, en supposant qu'il y en ait, ils en subiront aussi les inconvénients; leur existence sera triste, comme l'est la vie de ceux qui n'aiment personne et qui ne sont aimés de personne. On ne peut pas leur

(1) Voet, lib. I, tit. IV, pars II, n° 11 (t. II, p. 44).

her qu'ils violent un droit quelconque, car ils ne
ı'user de leur droit (1).
re savant légiste me permettra de l'arrêter à son
le départ. Est-il bien vrai que l'égoïsme poussé jus-
ı brutalité soit le droit strict de l'individu? Des
ıphes l'ont cru; ils ont appelé cette coexistence
idus sans aucun lien de droit ni de charité, l'état
ıre, et ils ont proclamé comme loi naturelle que
ıe est un loup pour l'homme. Cette triste philoso-
a pas trouvé faveur; l'homme est l'ami de l'homme,
ıurait vivre seul, l'isolement absolu serait pour lui
t. L'homme est un être sociable, aimant, comme il
être intelligent; il trouve son bonheur à aimer et à
mé; et il n'est jamais plus heureux que lorsqu'il se
ı à ses semblables. De cette nature de l'homme dé-
ıne tout autre philosophie que celle de l'égoïsme;
ıour les autres, c'est vivre pour nous; donner, c'est
ir; le sacrifice est le bonheur suprême. Déjà dans
ıité, l'école de Platon et celle de Zénon enseignaient
ıorale; le christianisme est venu la fortifier, et,
emarquable, l'économie politique, la science de l'in-
ı donné l'appui de son autorité au désintéressement.
ıst la morale. Est-ce que le droit viendra se mettre
osition avec la voix de la conscience universelle, et
ıe notre science justifie l'égoïsme le plus brutal? Si
vait consulté nos coutumes, il se serait convaincu
propriété, dans les mœurs germaniques, n'est point
it égoïste qui fait de l'homme un loup pour l'homme.
ıtumes ont passé dans notre code civil; qu'est-ce
s servitudes légales, sinon un sacrifice incessant
propriétaire fait de son droit absolu, pour rendre
commune possible? Il n'y a donc pas de droit ab-
as même la propriété : en droit romain, elle l'était;
it moderne, elle ne l'est plus.
ı propriété, qui a toujours passé pour le plus absolu
ıits, reçoit des limites que la coexistence des hom-
rendues nécessaires, on ne peut plus dire que la

ıt, lib. I, tit. IV. pars II, n° 12 (t. I, p. 45).

souveraineté, en tant qu'on la confond avec la propriété, est un droit illimité. Voet se trompe donc en croyant que les coutumes sont réelles et souveraines, en ce sens que chaque coutume est maîtresse exclusive chez elle, et qu'elle a le droit d'exclure toute coutume étrangère. Il cite le droit qui régit partout les immeubles : c'est la coutume de la situation qui seule règle l'acquisition, la transmission, la nature et les effets du droit; elle ne cède rien, pas une tête d'épingle, aux coutumes étrangères; tout est soumis à la loi de la situation. Voilà en quel sens les coutumes sont réelles; le législateur n'écoute, en cette matière, ni convenances ni courtoisie : il tient *mordicus* à son droit strict (1). Ici encore Voet se trompe. Il est vrai qu'au sortir du moyen âge, toutes les coutumes étaient réputées réelles et souveraines, parce que la féodalité confondait la souveraineté avec la propriété, et les juristes déclaraient l'une aussi absolue que l'autre. Mais il n'est pas exact de dire qu'il en fût encore ainsi au dix-huitième siècle. Qu'est-ce que les statuts personnels sinon une dérogation à la réalité des coutumes? Or, la personnalité des statuts d'état, de capacité ou d'incapacité, était généralement admise depuis les glossateurs, et la jurisprudence française leur donnait effet sur les biens, contre le statut de la situation. Que dis-je? Dans la Flandre, pays de réalité par excellence, la coutume du domicile régissait les successions quoique les biens fussent situés sous des coutumes diverses et contraires. La personnalité gagnait tous les jours dans le domaine de la théorie et des faits, bientôt elle allait l'emporter sur la réalité. Voet est l'homme du passé, de la tradition féodale, et le moment approchait où la féodalité allait être détruite jusque dans ses racines, et avec elle la souveraineté territoriale et absolue.

321. Voet croit que la souveraineté des coutumes ou leur réalité ne peut être limitée que par des raisons de

(1) « A statutis suis realibus, magistratum cujusque loci circa immobilia *ne latum quidem unguem* ex comitate recedere, *sed suo mordicus inhærere juri experientia testatur*, et inde immobilia non alia quam lege loci situs regi tralatitium est. »

convenance ou de courtoisie; c'est ce qu'il appelle la *comitas*. Le mot et l'idée ont fait fortune; il importe de connaître le système à son début et de l'apprécier tel que le meilleur de ses interprètes l'a exposé. Voet avoue que le droit strict serait pour les individus une triste existence. Et il en serait de même pour les peuples. Ils peuvent, sans doute, se retrancher dans un orgueilleux isolement, mais l'orgueil se punit lui-même; si notre légiste avait été historien, il aurait pu citer Sparte qui en s'isolant devint une oligarchie de propriétaires égoïstes, et cet égoïsme la conduisit à la décadence et à la mort. Il aurait pu citer la Chine qui, en s'entourant d'un mur, s'exalta dans son orgueil et s'atrophia à force de perfection. L'isolement viole les lois que Dieu a données à l'homme, et l'on ne viole jamais impunément les lois divines. D'abord est-il bien vrai que l'isolement soit un droit? Voet le dit : c'est le droit *mordicus*. Mais comment la violation des lois de notre nature serait-elle un droit? L'isolement de la Chine a été brisé à coups de canon. Ce que Voet considérait comme un droit strict est flétri par la conscience moderne comme un crime de lèse-humanité. Tout en admettant que la souveraineté absolue, exclusive, hostile est un droit, le jurisconsulte hollandais avoue que, poussée à bout, elle devient funeste à ceux qui en usent *mordicus*. Vous écartez la loi étrangère, on écartera la vôtre. Vous excluez l'étranger de la jouissance des droits civils, vous le traitez en serf; on usera de représailles, et de représailles en représailles vous arriverez à une guerre de tous contre tous. Et quel profit en aurez-vous? J'ai dit quel est le misérable gain que faisait le roi de France, pour mieux dire, ses favoris et favorites de bas étage, par le droit d'aubaine. C'est un exemple frappant de ce qu'est, en pratique, le droit absolu de souveraineté que l'on revendique pour les lois. Dans la théorie de Voet, le roi de France était dans son droit : il y gagnait quarante mille écus par an, qu'il distribuait à des valets et à des femmes de chambre. Il en résultait que les Français furent soumis partout à la même iniquité, et il en résulta un plus grand mal encore : l'appauvrissement de la

France. Ne valait-il pas mieux se relâcher de ce droit absolu de souveraineté, faire des concessions à ses voisins pour en obtenir de son côté, user de courtoisie au lieu d'user de rigueur? C'était, en définitive, rentrer sous l'empire du droit que Dieu a établi entre les hommes; et si l'on se trouve mal de violer les lois divines, par contre, on se trouve bien de les observer. Voilà la *comitas* que Voet approuve. A mon avis, ce qu'il appelle *comitas* est un devoir pour le souverain qui fait une concession et un droit pour celui qui la demande. L'histoire du droit d'aubaine en est une preuve évidente; j'y reviendrai.

322. Voet rapporte à la *comitas* la règle d'après laquelle les meubles suivent la loi du domicile (1). C'est une dérogation à la réalité des coutumes; puisque en fait les meubles ont une situation, on devrait appliquer aux choses mobilières la loi de la situation, comme on le fait pour les immeubles. Voet ne se demande pas quel est le motif de cette dérogation; il se contente de dire qu'elle est consacrée par le consentement commun de toutes les nations. Mais comment se fait-il que les souverains renoncent à leur pouvoir absolu en une matière aussi importante que celle des successions, donations et testaments? Pourquoi y renoncent-ils quand il s'agit de meubles, tandis qu'il y tiennent *mordicus* quand il s'agit d'immeubles? Que l'on ne réponde pas par le vieil adage qui répute vile la possession des choses mobilières; la souveraineté est toujours d'un prix inestimable et elle est d'une nature indivisible; on ne peut l'exercer par partie, être souverain pour les immeubles et n'être pas souverain pour les meubles. La souveraineté est aussi inaliénable, on n'y renonce point, pas plus pour partie que pour le tout. Il y a une réponse à toutes ces difficultés, c'est que la souveraineté ne consiste pas, comme on le croyait au moyen âge, dans la propriété des choses, mais dans l'exercice des droits qui intéressent l'existence ou la conservation de la société. Et qu'est-ce que les successions, les testaments et les donations? Un règlement d'intérêts privés

(1) Voet, lib. I, tit. IV, pars II, nº 12 (t. I, p. 45).

Les souverains reconnaissaient que leur puissance souveraine n'était point en cause quand il s'agissait d'une succession mobilière. Par identité de raison, il faut dire que la souveraineté n'est pas engagée dans la distribution des immeubles délaissés par le défunt. Ainsi la règle que les meubles suivent la loi du domicile procède, non de la courtoisie, mais du droit, et le droit demande la même règle pour tous les biens du défunt, le droit ne pouvant pas varier d'après la nature des choses pas plus que la souveraineté.

323. Voet rapporte encore à la *comitas* le vieil adage qui règle les formes instrumentaires d'après la loi du lieu où l'acte est passé. Les motifs de convenance, de nécessité même, ne manquent point pour justifier le principe traditionnel. Si les biens d'une personne sont situés sur le territoire de plusieurs coutumes diverses, faudra-t-il, quand elle en voudra disposer, suivre les formalités de toutes ces coutumes? C'est la forcer à faire autant de testaments qu'elle a de biens situés sur des territoires différents. Cela peut être impossible. Les testaments se font le plus souvent au moment de la mort. Le testateur se trouve dans un lieu où il n'y a point de notaire et il a des biens dans une coutume qui exige l'intervention d'un officier public : le voilà dans l'impossibilité de disposer de ses biens et d'exercer un des droits les plus importants de la vie civile. Supposons que le testateur puisse faire là où il teste les actes requis par les divers statuts des lieux où ses biens sont assis, qui lui fera connaître les statuts et les formalités qu'ils prescrivent? Les praticiens? Ils ne connaissent que les usages locaux. Les avocats mêmes ignorent les lois étrangères; il n'y en a aucun qui oserait affirmer qu'il les connaît toutes. Qu'en résultera-t-il? Que le testateur ne pourra pas disposer de tous ses biens, ou que, s'il en dispose, il court mille chances de voir ses testaments annulés. Bien d'autres inconvénients résulteraient de la réalité du statut des formes instrumentaires. On les prévient en s'attachant à la loi du lieu où l'acte est passé (1).

(1) Voet, lib. I, tit. IV, pars II, n° 13 (t. I, p. 45).

Je demande si c'est là une simple affaire de court
Quand il y a tant de bonnes raisons qui justifie
maxime *Locus regit actum*, n'en faut-il pas conclure
c'est plus qu'une règle de convenance, que c'est un
cipe de droit? Je viens de dire que cette règle est fo
sur la nature même et l'objet des formes instrument
(n° 225) ; n'est-ce pas là le caractère d'un principe
dique? Pourquoi donc Voet fait-il appel à la *com*
Uniquement parce que le principe est contraire à la
lité des coutumes. Ce singulier conflit n'aurait-il p
faire réfléchir l'excellent jurisconsulte sur la valeu
deux principes qui se combattent? L'un est fondé en
en équité, sur les nécessités des relations internation
et l'on veut qu'il cède à un autre principe qui est p
moins douteux, puisqu'il est contesté. Voet est si
vaincu de la réalité des coutumes et de leur souvera
qu'aucun doute ne lui vient. Si la souveraineté éta
cause, comme il le croyait, il aurait raison; les in
particuliers cèdent devant l'intérêt général, et le dr
l'Etat l'emporte sur le droit des particuliers, quand il s
comme je le suppose, de l'existence et de la conserv
de la société. Mais est-ce là le caractère du statu
formalités instrumentaires? Quoi! l'existence de la
gique serait compromise si nos juges admettaient la
dité d'un testament fait à l'étranger devant un n
et deux témoins, comme le voulait l'édit perpétu
1611, tandis que notre code exige la présence de
témoins? Pour le coup, on peut rétorquer contre
l'argument qu'il tire de l'absurde et du ridicule.
la souveraineté territoriale, telle qu'on la concevait
ait vu son autorité engagée dans un débat de fo
cela se conçoit; encore renonça-t-elle à cette par
sa puissance de la meilleure grâce, car il n'y a j
eu aucune réclamation au nom d'un souverain
l'adage *Locus regit actum*. Aujourd'hui la souver
a bien d'autres soucis, et son ambition se propo
plus grand but : elle abandonne aux particuliers
est du domaine de l'intérêt privé et elle se r
la gestion des intérêts généraux de la société. V

démarcation entre les statuts personnels et les statuts réels.

324. Dans la doctrine de Voet, les statuts personnels dépendent entièrement de la *comitas;* en droit strict, tout statut est réel; donc, d'après la rigueur des principes, il n'y a point de statuts personnel. C'est par dérogation à la réalité que la doctrine admet des statuts personnels; reste à savoir quand on ne peut pas déroger à la réalité des coutumes. Voet dit qu'il n'y a pas de principe certain en cette matière : pour cette raison, il n'en traite pas dans la partie II du titre IV, consacrée aux statuts; il renvoie aux divers titres où figurent des statuts personnels (1). Je suis obligé de faire de même, sinon cet essai historique empiéterait sur la partie dogmatique de mes Etudes sur le droit international privé. Pour le moment, je me borne, autant que cela est possible, à l'histoire.

Pourquoi Voet dit-il qu'il n'y a point de principe certain en cette matière? Il a raison, en tant qu'il s'agit de la doctrine des statuts, et, à son époque, il n'y avait pas d'autre théorie du droit civil international; le mot même de notre science n'existait pas encore. L'incertitude de la doctrine des statuts est avouée par tout le monde; nous allons entendre les statutaires eux-mêmes se plaindre que tout est incertain en fait de statuts : division, définition, effets. L'aveu témoigne contre les règles qu'ils enseignent. Pour être juste, il faut ajouter que la courtoisie de Voet est plus vague encore et plus arbitraire. Qu'est-ce que la *comitas* et les *convenances?* Personne n'a jamais tenté de définir ce qui est indéfinissable; comme Voet va nous le dire, la courtoisie n'est autre chose que le bon vouloir de chaque souverain, et Huber dit plus crûment encore, et avec plus de vérité, que c'est l'intérêt; or, le bon plaisir et l'intérêt sont choses tellement variables qu'on essayerait vainement de les préciser : au besoin, c'est le caprice; la souveraineté absolue de Louis XIV allait jusque-là : « car tel est notre bon plaisir. » Le propriétaire use et abuse, il a le droit d'abuser; il détruit sa chose, il tue son esclave; à ceux qui s'aviseraient de lui demander la raison de cet

(1) Voet, lib. I, tit. IV, pars II, n° 16 (t. I, p. 46).

qu'il fait, il répondrait comme la femme romaine qui jette son esclave en pâture aux poissons de son vivier :

Sic volo, sic jubeo, sit pro ratione voluntas.

Est-il vrai que la personnalité des statuts n'a d'autre fondement que le bon plaisir? Hélas! quand Voet formulait cette étrange théorie du droit international privé, cette même théorie régnait aussi dans le droit public, et le principe était identique, la souveraineté absolue. Louis XIV révoquait l'édit de Nantes et légalisait l'intolérance au nom de son bon plaisir, comme Louis XV faisait ce que ses maîtresses lui dictaient, parce que tel était son bon plaisir! Ce scandaleux régime n'aurait-il pas dû ouvrir les yeux aux légistes? Et s'ils avaient répudié la souveraineté absolue dans le gouvernement des peuples, auraient-ils pu le maintenir dans le domaine du droit privé? Voet cite quelques exemples de statuts personnels. Le statut du domicile déclare habile à tester celui qui a atteint sa dix-huitième année : pourra-t-il disposer de ses biens situés dans les lieux où le statut local ne lui reconnaît pas cette capacité? Oui, disent les statutaires, parce que le statut qui règle l'état et la capacité suit la personne partout et reçoit son application aux biens, quelle que soit leur situation. Non, dit Voet, le statut personnel ou réel ne peut avoir d'effet hors de son territoire; si on l'admet, c'est uniquement par courtoisie ou par un consentement tacite des nations. Je demande pourquoi les peuples consentent. Répondront-ils : Parce que tel est notre bon plaisir? Dans la doctrine de Voet, le consentement tacite des peuples qu'il invoque n'a point d'autre signification; s'ils consentent, c'est parce que cela leur plaît. Ils pourraient aussi refuser toujours, si tel était leur bon plaisir. Et quel intérêt auraient-ils à refuser? Ils pourraient se borner à répondre que telle est leur volonté, et que leur volonté tient lieu de raison. Nous demandons si une pareille doctrine mérite une place dans la science du droit? Il s'agit de l'état des personnes, et qui est le meilleur juge de cet état? Le législateur du domicile, celui qui connaît les personnes et qui sait apprécier les mille et une causes qui influent sur leur état et qui déterminent leur

ıpacité ou leur incapacité. Puis le souverain des lieux où › trouvent les biens viendra dire : « La personne que vous vez déclarée capable en connaissance de cause, d'après état physique, intellectuel et moral de votre nation, moi ui ignore tous les éléments de votre décision, il me plaît éanmoins de ne pas l'admettre : ma raison est que tel st mon bon plaisir. » Avouons que le bon plaisir est absurde et révoltant dans le domaine du droit privé, comme l'est dans le droit public.

325. Il reste une difficulté et elle est grande. Comment savoir dans quel cas il y a *cômitas* ou convenances? a courtoisie n'a rien d'obligatoire, puisqu'elle dépend du on plaisir du souverain. Mais le juge ne peut pas dire omme Louis XIV que tel est son bon plaisir; il lui faut ne règle, et où la cherchera-t-il? Voet répond : dans les onventions expresses ou tacites qui interviennent entre es peuples. Il cite des traités conclus par quelques-unes les provinces appartenant à la république des Provinces-Jnies. Un commerçant est déclaré en faillite dans la Zélande; les biens sont situés dans la Hollande, et la plupart des créanciers appartiennent à cette dernière province. Le curateur nommé par le juge zélandais étendra-t-il son action et ses pouvoirs sur les biens assis dans la Iollande? Un traité décida la difficulté; chacune des paries contractantes renonça en partie à son droit strict, fin de favoriser le cours de la justice (1). Voet aurait pu iter encore les nombreux traités faits au dernier siècle our l'abolition du droit d'aubaine. Parfois une coutume onstatée par une pratique séculaire tient lieu de convenon. Ces renonciations au droit strict sont considérables. e droit strict n'est autre chose que la souveraineté osolue, et peut-on renoncer à la souveraineté ou à une artie de la puissance souveraine? En France, on disait ıe le droit d'aubaine était un fleuron de la couronne : ›nonce-t-on à un fleuron de la couronne? En principe, ›la ne se conçoit point. N'est-ce pas une preuve que le ·oit strict et la souveraineté absolue ne sont que des

(1) Voet, lib. I, tit. IV, pars II, n° 17 (t. I, p 46 et suiv.).

théories d'école, théories fausses que l'histoire explique, mais dont elle démontre en même temps l'inanité. Au moyen âge, la propriété et la souveraineté se confondaient : chaque baron était roi dans sa baronnie. Personne, je pense, pas même les louangeurs aveugles du passé, ne soutient plus que la propriété donne la souveraineté. Puis sont venus les légistes nourris dans le culte du droit romain, qui se sont faits les défenseurs du pouvoir absolu des rois, parce qu'ils lisaient dans leurs textes que ce qui plaît au prince a force de loi. Cette doctrine a également perdu tout crédit, ainsi que la *lex regia* par laquelle le peuple aurait transporté sa puissance souveraine au prince. La révolution de 1789 a mis fin aux théories du despotisme en proclamant que la souveraineté est inaliénable et qu'elle appartient aux nations.

Si la *courtoisie* avait réellement pour objet une renonciation à un droit de souveraineté, il faudrait dire que ces concessions seraient radicalement nulles, et, partant, que le droit civil international repose sur une chimère. Mais si l'on y regarde de près, on se convaincra que la prétendue *comitas* n'a rien de commun avec la vraie souveraineté. Le roi de France renonce au droit d'aubaine que les légistes appellent un fleuron de sa couronne. Est-il vrai que ce soit là l'abdication d'un droit strict qui appartient au souverain? Montesquieu et, à sa suite, l'Assemblée constituante ont répondu aux légistes que ce qu'ils appelaient un droit est la violation du droit éternel qui donne au propriétaire la faculté de transmettre ses biens à ses héritiers. Les conventions par lesquelles la Zélande et la Hollande permettent aux curateurs d'une faillite d'administrer les biens du débiteur, en quelque lieu qu'ils soient situés, sont-elles une de ces renonciations au droit strict que Voet rapporte à la *comitas?* Elles ont pour objet d'assurer aux créanciers l'exercice du droit qui leur appartient sur les biens de leur débiteur; ils tiennent ce droit de leur convention. Est-ce que le souverain du lieu où les biens sont situés viendra leur dire : « Non, vous n'exercerez pas votre droit sur les biens de mon territoire, parce que moi j'en suis le seigneur et maître, ou

s ne l'exercerez que sous mon bon plaisir? » Nous ré-drons encore une fois que la souveraineté est hors de se, et que le souverain qui prétendrait, en vertu de son it sur les biens, empêcher les créanciers d'exercer le ·, violerait la justice éternelle qui veut que les conven-ıs tiennent lieu de loi aux parties. Les traités dont le Voet ne sont donc qu'un retour au droit universel; ›nt pour objet, non la puissance souveraine, mais les its des individus, droits qu'ils ne font qu'assurer en : donnant la sanction de l'autorité publique.

126. Autre est la question de savoir si les particuliers vent renoncer au droit strict en vertu duquel toutes coutumes sont réelles. Si les coutumes étaient réelles ce qu'elles sont souveraines et si cette souveraineté it la vraie puissance souveraîne, la question que je pose ırait point de sens. Cependant Voet la pose après ir enseigné que le droit strict procède de la souverai-é. Mais la solution qu'il donne prouve mieux que tout que j'ai dit que Voet a confondu, sous le nom de droit ct et de souveraineté, des choses essentiellement diffé-tes, les unes procédant du droit public et tenant réel-ıent à la souveraineté, les autres procédant du droit vé et étant dans le domaine des conventions particu-es. Voet distingue, comme on le faisait déjà en droit ıain. Les particuliers ne peuvent jamais déroger à une d'ordre public; ces dérogations ou renonciations sont ppées de nullité radicale, parce qu'elles sont destruc-s de la société, laquelle implique la subordination des érêts privés à l'intérêt général et des droits privés au ıit de la société. Notre code a reproduit la maxime t. 6); il est inutile d'y insister : c'est un axiome univer-lement reçu. Par contre, on a toujours permis aux rticuliers de déroger aux lois qui sont d'intérêt privé. utefois ici Voet distingue : les parties contractantes peuvent pas déroger aux dispositions prohibitives, es peuvent seulement déroger aux lois qui ne font que clarer ou présumer leur volonté (1).

(1) Voet, lib. I, tit. IV, pars II, n° 18 (t. I, p. 47).

La distinction n'est pas sans difficulté : ce n'est pas ici le lieu de la discuter, j'y reviendrai. Un seul point nous intéresse pour le moment et il est capital : il y a des lois réelles qui ne lient pas la volonté des parties, elles peuvent y déroger, et par conséquent les rendre personnelles. Ainsi les époux peuvent stipuler la communauté universelle, en ce sens qu'elle comprendra les biens situés dans les coutumes qui n'admettent point la communauté ou qui établissent une communauté restreinte aux acquêts. La loi qui régit les biens des époux ne tient pas à l'ordre public, elle n'a rien de prohibitif; le régime des biens reste donc dans le domaine des parties contractantes. Il n'en est pas moins vrai que c'est une dérogation à la réalité des statuts. La coutume de Frise n'admet pas la communauté universelle; néanmoins une convention contractée en Hollande aura pour effet de rendre communs entre les époux les biens qu'ils possèdent dans la province de Frise; ils dérogent donc à la réalité du statut frison. Dans le système de la réalité des coutumes et de leur souveraineté absolue, cela est une anomalie, disons mieux, une impossibilité juridique. Si le statut est réel en ce sens qu'il est souverain, toute dérogation est frappée de nullité, le souverain lui-même n'y pourrait pas consentir (n° 323). Si néanmoins les réalistes outrés, tels que Voet, admettent la validité d'une dérogation au droit du souverain, cela prouve que ce droit n'est pas toujours absolu; en d'autres termes, ils confondent, sous le nom de souveraineté, des droits essentiellement différents, les uns d'intérêt général, les autres d'intérêt privé. La réalité exclusive est donc fausse; elle n'est vraie que pour les lois d'ordre public, en prenant cette expression comme synonyme de lois concernant l'existence et la conservation de la société; elle n'est point vraie pour les lois d'ordre privé, parce que la société n'y est pas intéressée. En admettant des dérogations au droit strict, Voet admet implicitement la distinction des statuts réels et des statuts personnels, les premiers tenant à la souveraineté, les seconds restant dans le domaine des particuliers.

327. Les conventions tacites s'étendent-elles hors du

itoire, aussi bien que les conventions expresses? Voet
mile et identifie les unes et les autres, et avec raison.
époux se marient sous la coutume de Hollande, qui
blit la communauté universelle; ils ne font pas de con-
t de mariage, bien qu'ils sachent qu'il doit y avoir une
qui règle leur régime quant aux biens. Quelle peut
e leur intention? On doit supposer qu'ils veulent adop-
la communauté universelle, le seul régime peut-être
ils connaissent, parce qu'il est dans les mœurs et qu'il
généralement usité. Si leur intention était autre, ils
raient soin de la formuler; leur silence implique qu'ils
s tiennent au droit commun. Fera-t-on une différence
re la communauté expresse et la communauté tacite,
ce qui concerne l'effet qu'elles ont sur les biens situés
ns une autre coutume? Cette distinction n'aurait point
raison d'être; tacite ou expresse, la communauté est
ujours conventionnelle, et la force de la convention est
même, qu'elle soit tacite ou expresse. La communauté
ite s'étendra donc sur tous les biens que les époux
ssèdent (1).

Cette doctrine étonne, dans la bouche de Voet. Toute
utume est réelle, et la réalité est une question de souve-
ineté. Voilà pourquoi les réalistes français, d'Argentré,
isnage soutenaient vivement la réalité du statut de com-
unauté; ils refusaient d'admettre que la communauté
cite fût conventionnelle : elle existait, disent-ils, en vertu
la coutume, donc elle était coutumière, et partant
elle. Cette opinion fut consacrée par la cour de Brabant
ant à La Haye; elle trouva un ardent défenseur dans
magistrat de la cour; Vandermuelen osa combattre
u Moulin, et il le fit avec un incontestable talent. Voet
mmença par se prononcer pour la réalité du statut de
mmunauté; mais il changea d'avis, et il écrivit une dis-
rtation admirable pour justifier la doctrine de la per-
nnalité. J'ajourne le débat, pour en parler à mon aise
ns la partie dogmatique de ces Etudes. Pour le moment
ppelle l'attention du lecteur sur le changement d'opinion

(1) Voet, lib. I, tit. IV, pars II, n° 19 (t. I, p. 48).

de Voet. Il céda à une conviction profonde; et il n'es pas douteux que son dernier avis ne soit le bon : mais l premier était plus logique dans son ordre d'idées. Vo abandonnait la réalité absolue; que devient alors sa vi polémique contre la personnalité? C'est un legs du pass il l'accepte, puis il le répudie, en partie du moins. C témoigne pour sa sincérité, mais aussi contre la doctri qui lui était si chère, de la réalité et de la souverain des coutumes.

328. Pour terminer cette étude sur le réalisme Voet, il me reste à dire un mot de ce qu'il entend *comitas*. Les Français le traduisent par *courtoisie*. mots semblent indiquer des sentiments d'indulgence, bonté, de générosité. Il n'en est rien. C'est la néces qui a engagé les peuples à se relâcher de la rigueur leur droit strict. On conçoit, dit Boullenois, la souve neté des coutumes, et l'exclusion de toute coutume étr gère quand les peuples vivent isolés, sans aucun rapp entre eux; mais l'isolement est une impossibilité, pa qu'il est contraire aux lois de la nature; en réalité, il jamais existé, pas même au moyen âge, où un voisin s blait ignorer l'existence de son voisin (1). Dans les te modernes, les relations deviennent de plus en plus quentes; et dès que les hommes sont en communica journalière ils sont obligés de se faire des concessi réciproques : ils donnent pour recevoir, et tous y trouv leur avantage. C'est donc par une raison d'utilité c mune que les souverains renoncent à leur droit absolu permettent aux coutumes étrangères de régir les bi situés sur leur territoire. Et qu'est-ce que l'utilité r proque? C'est la doctrine de l'intérêt. L'intérêt est un assez mal sonnant; on l'a déguisé sous le nom de co *toisie*, mais la chose reste la même. Il est vrai que cha souverain a le droit d'exclure de son territoire toute tume étrangère; mais c'est un droit nominal, qu'il n pas exercer, parce qu'il se tournerait contre lui par

(1) Voet, lib. I, tit. IV, pars II, n° 1 (t. I, p. 39). Boullenois, *Trait statuts*, t. I, p. 155, d'après Huberus, *Jus publicum universum*, lib. c. VIII, § 7.

rétorsion; ce n'est donc pas par libéralité [illegible]
essité qu'il ouvre son [illegible] aux [illegible] des
res pays; il préfère son [illegible] à son [illegible] de
veraineté; c'est un calcul [illegible]
u à s'appeler libéralité et générosité. [illegible]
ses de leur nom, la comitas est [illegible]
es ne s'en cachent point : quand un souverain [illegible]
ver, a intérêt à ne pas [illegible]
, et par conséquent [illegible]
t (1). Courtois pour autant que [illegible] intérêt [illegible]
en deux mots la doctrine que [illegible]
statuts personnels. De quel côté est la vérité? J'ai
ondu d'avance, et j'y reviendrai. Malheureusement
érêt est plus qu'une doctrine, c'est la pratique à peu
s universelle des peuples; l'Italie fait seule une glo-
use exception. Il ne faut pas que l'égoïsme national
uve un appui dans la science. Voilà pourquoi je com-
s, partout où je la rencontre, la doctrine de l'intérêt. Le
it n'est point la science de l'intérêt, c'est la science du
te et de l'injuste. Et ce sont les idées qui gouvernent
monde, quoi qu'en disent les utilitaires. L'histoire en-
re en témoigne; et cette modeste Étude du droit civil
ernational en portera également témoignage. Ce sera
immense progrès quand la science reconnaîtra que le
oit n'a qu'un seul fondement, la justice éternelle.

J'ai dit, en commençant cette esquisse historique, que
droit, comme toutes les faces de la vie, se développe et
perfectionne sous la main de Dieu (n[os] 44 et 45). Les
mmes trop souvent, et les peuples surtout, n'ont en vue
e l'utile, et il se trouve que l'intérêt devient une voie pro-
dentielle qui conduit à la justice. Comment la personna-
é s'est-elle fait jour au milieu de la domination universelle
la réalité? Si elle n'avait eu pour elle que la justice, les
uverains, dans leur aveuglement, auraient préféré leur
érêt. Mais les princes s'aperçurent qu'à force de recher-
er leur intérêt, ils se nuisaient à eux-mêmes. Ils consen-

(1) Huber, *De conflictu legum* (*Prælectiones juris civilis*, lib. I, tit. III, I, p. 26, n° 6).

tirent à renoncer à ce qu'ils considéraient comme leur droit, afin d'engager les autres souverains à leur faire la même concession; c'est ce que Bouhier expose très bien : « Encore que la règle étroite soit pour la restriction des coutumes dans leurs limites, l'extension en a néanmoins été admise en faveur de l'utilité publique, et souvent même par une espèce de nécessité. Ainsi quand les peuples voisins ont souffert cette extension, ce n'est point qu'ils se soient crus soumis à un statut étranger, c'est seulement parce qu'ils y ont trouvé leur intérêt particulier, en ce qu'en pareil cas leurs coutumes ont le même avantage dans les provinces voisines. On peut donc dire que cette extension est fondée sur une espèce de droit des gens et de bienséance, en vertu duquel les différents peuples sont demeurés tacitement d'accord de souffrir cette extension de coutume à coutume, toutes les fois que l'*équité* et l'*utilité commune* le demanderaient ». Bouhier met ensemble l'équité et l'utilité : il serait plus vrai de dire que les peuples cherchaient l'utilité, et il s'est trouvé que ce qui est utile est aussi équitable ; pour mieux dire, Dieu veille à ce que le juste soit aussi utile.

N° 7. LES STATUTAIRES FRANÇAIS DU XVIIIe SIÈCLE.

I. *Considérations générales.*

329. La doctrine des statutaires procède de la maxime que les coutumes sont réelles. Qu'est-ce que la réalité? Les légistes répondent que les coutumes sont réelles parce qu'elles sont souveraines; mais ils ne remontent pas à l'origine de la souveraineté et ils n'en déterminent pas le caractère; ils se contentent de dire que la souveraineté est territoriale, et que, par suite, les coutumes ne peuvent avoir d'effet hors des limites de leur territoire. Tout dépend donc de la territorialité des statuts. Si les statutaires étaient remontés à l'origine de ce principe, ils auraient vu qu'il procède de la féodalité, et que s'il avait sa raison d'être au moyen âge, il cessait par cela même d'être applicable dans un ordre social où la féodalité avait fait place à une nouvelle conception de la sou-

aineté. Mais nos anciens légistes, même les meilleurs, taient pas historiens; Coquille essaya d'expliquer ce l appelait le préjugé de la réalité par l'influence des ssateurs; il croyait que leur doctrine n'était pas recele en France, et que les légistes citramontains avaient ort d'emprunter aux docteurs ultramontains la théorie statuts réels, qui avait son fondement dans l'autorité le dont jouissait le droit romain en Italie, tandis n France il n'avait qu'une autorité de raison, les coues y formant le droit commun (n° 281). C'était une ur; le premier qui en fit la remarque, c'est le prési- Bouhier, un de nos meilleurs jurisconsultes, et le qui ait ce sens historique, sans lequel il est imposside comprendre des institutions et des théories qui gent leurs racines dans les profondeurs du passé.

30. Pendant de longs siècles, dit Bouhier, la France partagée en diverses provinces, lesquelles étaient nt d'Etats particuliers, presque indépendants les uns autres. Pour mieux dire, le nom même de province inconnu; il implique l'existence d'un seul Etat, dont rovinces sont les parties, distinctes, à la vérité, mais rdonnées. Il n'en était pas ainsi sous le régime féodal. que baron était roi dans sa baronnie; le lien qui unistous les vassaux à leur suzerain était si faible qu'au ème siècle, quand la féodalité se lança dans la grande ture des croisades, les rois n'y figurèrent point : ne connaissait que le baronnage, les comtes et les . Les barons étaient sans cesse en guerre entre eux; voisins n'avaient guère d'autre liaison. Cela rendait un de ces petits souverains jaloux de sa souveraineté, r conséquent de ses lois, en sorte qu'ils n'avaient e d'admettre l'extension d'une coutume dans les es d'une autre : c'eût été souffrir l'empiétement d'une eraineté étrangère. Chacun voulait demeurer maître lu chez soi. Telle est la source de l'axiome vulgaire notre droit français que toutes coutumes sont es (1).

Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, cha- XXIII, n° 28 (Œuvres, t. I, p. 659).

Il en résulta que les *lois* étaient *ennemies* aussi bi
que les peuples. C'est l'expression de Boullenois (1), et e
caractérise très bien l'esprit exclusif de nos vieilles c
tumes, ainsi que des légistes qui en étaient les organes
les interprètes. On repousse l'ennemi, on l'exclut, on
le reçoit pas dans le rang comme ami. Les légistes
poussèrent aussi les coutumes ennemies, qui aurai
voulu pénétrer sous le titre de personnalité ; ils soumir
les personnes et les choses à une seule et même souve
neté, celle du territoire : tout, sous le régime féodal,
territorial et réel.

331. Que restait-il de cet état de choses au dix-
tième siècle ? Rien qu'un souvenir qui allait tous les j
en s'effaçant. Les duchés et les comtés étaient devenus
provinces, et les provinces, loin d'être ennemies, éta
réduites sous l'obéissance d'un même souverain. I
avait donc plus de raison de s'obstiner à la réalité
coutumes. L'unité de la puissance souveraine aurait
contraire, dû avoir pour conséquence l'unité de la
Chose singulière et qui prouve la puissance de la t
tion sur l'esprit des légistes ; les espérances de Bou
n'allaient pas jusque-là. Cependant il écrivait à la fi
dix-huitième siècle ; l'édition de ses Œuvres porte la
de 1787 ; deux ans plus tard, il suffit d'une nuit
abolir le régime féodal et pour établir l'unité fran
dans le domaine des lois, comme elle était faite depui
siècles dans l'ordre politique. Bouhier se contentait,
en maintenant la réalité des coutumes, de demander q
s'en départît dans les cas où le bien public l'exig
Pourquoi s'obstiner à l'observation rigoureuse de la
veraineté des coutumes, alors que la réciprocité
personnalité des statuts rendait toutes choses é
entre les différentes coutumes (2) ?

332. Cette dernière considération dépassait la
des coutumes dans un seul et même Etat ; elle rec
son application au conflit des lois entre les divers

(1) Boullenois, *Traité des statuts*, t. I, Préface, p. II.
(2) Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgog*
pitre XXIII, n° 42 (Œuvres, t. I, p. 659).

rains. Le conflit des lois étrangères était assez rare, que les relations des peuples étaient encore peu fréles. Mais il se faisait dans le monde des intelligences ouvement extraordinaire; les philosophes prêchaient aternité des peuples, alors que les provinces d'un Etat se considéraient encore, à certains égards, ne étrangères et ennemies. C'est un magnifique spec-que celui que nous offre le cosmopolitisme philoso-ie du dix-huitième siècle. Pendant que les légistes ent timidement de rétrécir l'empire de la réalité féo-dans le domaine des lois, les philosophes se procla-citoyens du monde, et ils songent sérieusement à re les barrières que les haines nationales, les rivali-l'ambition, l'opposition des intérêts avaient élevées les diverses parties du genre humain; la philosophie mbition de faire de l'humanité entière une seule le. Il faut entendre les libres penseurs, car c'est à ue la science du droit international doit la largeur onceptions qui la distingue.

13. Qu'est-ce qui divisait les peuples au dernier ? L'intérêt : on croyait que la prospérité d'un peuple uvait se fonder que sur l'affaiblissement des na-étrangères. Fausse politique, disaient les philo-s. « Le bonheur d'un peuple, loin de s'accroître par blissement de ses voisins, doit augmenter, au con-, par leur prospérité, puisqu'il en recevrait alors nple de bonnes lois, de nouveaux moyens d'indus-tous les avantages, enfin, qui naissent de la commu-ion des lumières. Le véritable intérêt d'une nation jamais séparé de l'intérêt général du genre humain, a nature n'a pu vouloir fonder le bonheur d'un e sur le malheur de ses voisins, ni opposer l'une à e deux vertus qu'elle inspire également : l'amour de trie et celui de l'humanité (1). »

us avons entendu le plus conséquent des légistes gner que l'intérêt est la loi des relations internatio-

ondorcet, *Discours de réception à l'Académie française* (Œuvres,

nales. Cependant les faits témoignaient à quoi conduit la doctrine de l'intérêt : « Un Allemand ne voit plus un frère dans un Français, mais un ennemi, et les Français et les Anglais se détestent tout aussi cordialement. Les religions se localisent, ainsi que les mœurs et les lois. Or, l'on sait comment un chrétien et un juif s'aiment, sans parler de l'amour que les catholiques et les protestants ont l'un pour l'autre. » Cet isolement hostile, dit Lessing, doit faire place à la société du genre humain. Le philosophe allemand, une des plus nobles intelligences, n'entend pas répudier le patriotisme, mais il ne croit pas que l'amour de la patrie doive se manifester par la haine de l'étranger, par la guerre et la destruction; il veut que l'homme soit patriote tout ensemble et citoyen du monde. La religion, au lieu de diviser les hommes, doit les unir; aux yeux du philosophe allemand, la religion est l'éducation du genre humain; partant elle doit varier suivant les temps et les lieux. Il ne nie pas la vérité absolue, mais il est convaincu qu'elle ne se révèle que progressivement par l'intermédiaire de l'esprit humain; cette croyance ne l'empêche pas de voir des frères dans les juifs, les mahométans et les bouddhistes et, à plus forte raison, dans les sectes chrétiennes (1).

334. Utopie, dira-t-on, rêverie philosophique. Je répondrai : Regardez autour de vous et vous verrez une partie du rêve déjà réalisée. J'avoue volontiers que la philosophie aurait vainement prêché la société du genre humain, si elle n'avait trouvé un appui dans la science même des intérêts, l'économie politique. Les légistes ne sont pas loin de croire, comme Hobbes, que l'homme est un loup pour l'homme; il est difficile d'imaginer une doctrine plus étroite, plus irrationnelle que celle de la réalité des coutumes; dans un seul et même Etat, les hommes divisés, ennemis, par des coutumes jalouses et haineuses : on dirait que les sociétés sont des prisons et des bagnes où les hommes sont parqués comme dans les cellules d'un pénitencier. Quittons cette atmosphère où l'on étouffe

(1) Lessing, Œuvres, édition de Lachmann, t. X, p. 268-271.

ur respirer l'air de la liberté et de la solidarité huaines. Ce ne sont plus des philosophes qui parlent, ce nt des économistes. L'un d'eux, le premier qui ait écrit r la nouvelle science, pose comme principe « qu'il y a lidarité nécessaire d'intérêts, non seulement d'homme à mme, et de province à province, dans un même Etat, ais encore de pays à pays. (1) » « Il n'est pas un homme, t un autre économiste dont l'intérêt particulier ne fasse rtie de l'intérêt général, ou plutôt dont l'intérêt parulier, pour être bien entendu, ne doive être parfaiment d'accord avec l'intérêt commun de tous. L'ordre la nature ramène à l'unité toutes les sociétés particures; pour les intérêts, tous les hommes sont associés r une nécessité naturelle et impérieuse à laquelle ils ne uvent se soustraire; il est dans cet ordre immuable 'ils soient tous utiles les uns aux autres, qu'ils jouissent uns par les autres (2). »

Ce ne sont pas des philosophes qui tiennent ce lange, ce sont des économistes, et néanmoins leur docne est identique. Les économistes disent que la société iverselle des hommes est tellement dans l'ordre de la ture, qu'elle existe virtuellement, sans convention presse, par la seule force des choses. Quelle est la base cette société? La fraternité : en effet, la nature établit nation à nation les mêmes devoirs et les mêmes droits 'entre un homme et un autre homme (3). Quand un phiophe enseigne que le juste et l'utile se confondent, on ie à l'utopie. Ecoutons les disciples de Quesnay. Ils prossent l'identité du juste et de l'utile, non pas comme ntendent les utilitaires et les matérialistes, comme s'il ffisait qu'une chose soit utile pour qu'on l'estime juste, ais dans ce sens que la Providence a voulu que ce qui t juste fût aussi utile, et que l'injuste fût en même temps isible. Ainsi quand l'intérêt paraît en opposition avec

1) Boisguilbert, dans la *Collection des Economistes*, t. I, p. 261 et v.

2) Albéric de la Rivière, dans la *Collection des Economistes*, t. II, 2, 565.

3) Mercier de la Rivière (*Collection des Economistes*, t. II, 2, p. 528-).

la justice, c'est la justice qu'il faut suivre sans hésiter, même au point de vue de l'intérêt, parce que l'injustice n'est pas seulement une violation de l'ordre moral, mais encore un mauvais calcul (1). L'école stoïcienne, dans ses plus nobles représentants, Epictète et Marc Aurèle, rapporte toute la philosophie à la morale. Dupont de Nemours résume toute la science de l'économie politique dans la théorie des devoirs. Quels sont nos devoirs envers Dieu? L'adoration de l'auteur de la nature, l'obéissance à l'ordre universel qu'il a établi, quand même notre intérêt momentané en serait blessé, car cet intérêt est toujours aveugle et pervers quand il contrarie la loi de l'ordre. Nos devoirs envers nos semblables consistent à regarder leurs intérêts comme les nôtres. Nos devoirs envers nous-mêmes se réduisent à accroître nos droits par l'extension de nos devoirs, ce qui revient à dire que *faire le bien*, *c'est le recevoir* (2).

335. Quelle distance entre ce cosmopolitisme moral et politique et la mesquine doctrine de l'intérêt sur laquelle repose la théorie des légistes! L'homme parqué dans le territoire étroit d'une coutume par une loi égoïste qui ne comprend pas même son intérêt, qui, à force de vouloir maintenir sa souveraineté intacte, compromet l'accroissement de la richesse publique. Les économistes ont raison de dire que rien n'est aveugle comme l'intérêt, et cependant c'est l'intérêt que l'on donne comme base à la science des relations internationales. Je rappellerai que c'est au nom de l'intérêt que les princes, sous l'ancien régime, dépouillaient les étrangers de leurs biens à leur mort; c'est au nom de la justice éternelle que l'Assemblée constituante abolit le droit d'aubaine; c'est par une réaction de l'intérêt national que le consulat rétablit la fausse théorie qui servait à justifier la spoliation; on se moquait à cette époque de la philanthropie des constituants; les hommes positifs se croyaient bien plus sages. Quelques années se passent et la restauration abolit définitivement

(1) *Collection des Economistes*, t. II, 2, p. 808 et 813.
(2) *Collection des Economistes*, t. II, 1, p. 384.

lroit odieux au nom du véritable intérêt de la France.
.à des faits qui viennent à l'appui de la doctrine des
ıomistes, l'identité du juste et de l'utile.
es économistes et les philosophes disent que l'homme
.e citoyen du monde et qu'il y a entre les peuples une
été qui fait de tout le genre humain une grande
ille; tandis que les légistes font de l'homme un acces-
ɜ du sol et l'y attachent comme, au moyen âge, le serf
; attaché à la glèbe. Quelle est la destination de
nme dans les deux doctrines? Les légistes en parlent
ine; tout ce que l'on peut induire de leurs idées sur
ature de l'homme et des sociétés civiles, c'est que
nme vit pour soi et qu'il est l'ennemi de l'homme :
ıo homini lupus. Il en est de même des sociétés : les
ıles vivent en état de guerre et leurs lois sont enne-
;. Dans cet ordre d'idées, l'idéal de l'humanité serait
lement des nations et l'isolement des individus. La
ɔsophie, au contraire, dit aux hommes qu'ils sont soli-
es et qu'ils doivent vivre, non pour eux, mais pour les
es; pour mieux dire, qu'en vivant pour les autres, ils
nt pour eux, car donner, c'est recevoir.

36. Il y a un abîme entre les légistes et les philo-
ıes : les uns sont les hommes du passé, les autres les
mes de l'avenir. Au dix-huitième siècle, la lutte s'ou-
entre l'avenir et le passé. Les légistes, praticiens et
ementaires prirent parti pour l'ancien ordre de
ıes; les philosophes préparèrent la nouvelle société
la révolution inaugura. Ici se révèle le rôle provi-
:iel des hommes attachés au passé. Il doit y avoir
ı les sociétés un élément conservateur, sinon elles se
oudraient; le progrès ne peut s'accomplir que lente-
t et en tenant compte de la tradition. Les légistes
, traditionalistes, parce que leur science procède de
·adition. Mais la tradition n'est pas immobile, elle est
ɔression de la vie, et tout ce qui a vie se meut et
ıce insensiblement vers le terme de sa destinée. Les
ıervateurs eux-mêmes sont entraînés dans le mouve-
t général; ils le retardent et l'empêchent ainsi d'être
précipité. Il en fut ainsi des légistes au dernier

siècle. Ils s'étaient écartés du moyen âge, où tout était réel et territorial, les hommes et la souveraineté, en admettant, à côté de la réalité, un élément nouveau, la personnalité; en ce sens, ils étaient novateurs. Cela ne se fit pas sans résistance, mais le nouveau principe gagnait tous les jours du terrain. Au seizième siècle, toutes les coutumes étaient réputées réelles; la réalité était la règle presque universelle; à la fin du dix-huitième siècle, c'est la personnalité qui devient la règle et la réalité est réduite à l'état d'exception. C'était le cours logique des choses. Le cosmopolitisme qui régnait dans le monde philosophique hâta le mouvement. Il est vrai que les légistes n'étaient pas philosophes, sauf Montesquieu, qui est une exception, mais l'esprit général d'une époque a une influence inévitable sur tous les hommes : c'est comme l'air qu'ils respirent sans qu'ils s'en doutent. Voilà comment il se fit que les représentants du passé devinrent eux-mêmes plus ou moins novateurs. Boullenois et Froland, quoique praticiens de profession, ne restèrent pas étrangers au mouvement général qui emportait la société; cette tendance est plus sensible chez le président Bouhier, membre de l'Académie; il vivait dans le monde lettré, et tout homme de lettres au dernier siècle était plus ou moins philosophe. Il forme le lien entre les statutaires du dix-huitième siècle et l'ère nouvelle qui s'ouvre en 1789.

II. *Boullenois.*

337. Boullenois, avocat au parlement, a écrit trois volumes in-4° sur la théorie des statuts : le premier est une dissertation sur les questions qui naissent de la contrariété des lois et des coutumes (Paris, 1732). Le second ouvrage parut après sa mort, en deux volumes, sous le titre de : *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, coutumes ou statuts, par forme d'observations* (1766). Les observations sont un commentaire de l'ouvrage de Rodenburg sur les statuts. Rodenburg était conseiller à la cour d'Utrecht; il écrivit un *Traité sur le droit des époux*; comme, en cette matière, il se présentait à chaque pas des

ficultés naissant du conflit des statuts, l'auteur commence par exposer les principes qui régissent ce conflit 53). Boullenois donne la traduction de cette disserion préliminaire, puis, sous forme d'observations, développe les controverses qui divisaient la doce, ainsi que la jurisprudence. Les jurisconsultes allends lui ont reproché la longueur de ces développeits, qui ressemblent trop à des plaidoiries; mais si teur est verbeux, comme le sont parfois les pratis, il possède, par contre, la qualité qui manque aux s théoriciens, le sens de la réalité sans lequel le droit énère en scolastique.

La source du Traité de Boullenois en révèle déjà l'es. Rodenburg, comme tous les légistes belges, procède Bourgoingne, et celui-ci est le disciple de d'Argentré; sont réalistes. Toutefois le magistrat hollandais n'est un réaliste outré comme son maître, il le combat s une question capitale, celle de savoir quel est l'effet statut personnel. Je renvoie à ce que j'ai dit plus haut 309). Le dix-septième siècle était déjà moins réaliste le seizième. Rodenburg est plus près de Bouhier que d'Argentré. Cela indique la tendance de Boullenois; ommentateur est animé du même esprit que l'auteur l interprète; c'est un réaliste de l'école de d'Argentré, s il s'inspire aussi de Dumoulin.

338. En parlant du statut de communauté, objet d'un nd débat entre les statutaires, Boullenois dit : « La *toute seule* est une loi réelle (1). » C'est bien là l'axiome réalistes. Ils admettent, à la vérité, des statuts pernels, mais ils les restreignent strictement à la perne et leur refusent toute action sur les biens situés s du territoire. J'ai dit (n°s 304 et 305) quelle étrange orie Bourgoingne avait imaginée pour concilier la peralité du statut d'incapacité quand il se trouve en conavec le statut de la situation des biens. Rodenburg tte ces subtilités qui enlevaient presque tout effet au ut personnel; il estime que le statut personnel s'étend

(1) Boullenois, *Traité des statuts*, t. I, p. 736.

au delà du territoire du législateur, par rapport même aux biens situés ailleurs ; toutefois il y met quelques restrictions. Boullenois enseigne aussi que le statut personnel s'étend aux biens hors du territoire, mais il n'ose pas le décider ainsi en vertu du droit strict ; d'après la rigueur des principes, toute loi est réelle et ne peut s'étendre hors du territoire de celui qui l'a portée, parce que nulle puissance ne s'étend au delà des limites de son territoire. Si néanmoins la jurisprudence a consacré l'extension des statuts personnels, c'est par un concours général de toutes les nations ; par une déférence presque nécessaire, elles consentent à ce que les statuts qui règlent l'état et la condition des personnes se portent dans toutes les coutumes. Boullenois se sert d'une singulière comparaison pour caractériser cet effet des statuts personnels. C'est, dit-il, une espèce de droit de parcours et entrecours que les nations ont établi entre elles pour le plus grand bien du commerce et de la société d'entre les hommes. C'est ce que Jean Voet appelle la *comitas*. Si la personnalité des statuts n'a d'autre fondement que la courtoisie, ou l'intérêt des peuples, il ne faut pas parler de droit, puisque l'extension des statuts est contraire aux raisons de droit qui veulent que les lois n'aient de force, de vertu et d'efficacité que dans l'étendue de leur territoire (1).

339. Cette doctrine, qui est celle de Voet, c'est-à-dire du réalisme absolu, a une conséquence pratique très importante. La personnalité étant une dérogation aux principes, est par cela même de stricte interprétation. Où sera la limite à laquelle s'arrêtera la règle et où commencera l'exception ? On ne le sait, car l'exception n'est pas une règle juridique, elle dépend des convenances, et comment préciser ce qu'il convient à chaque nation d'accorder ou de refuser ? Il est de principe que lorsqu'on n'est pas dans l'exception, on rentre dans la règle. Comment appliquera-t-on ce principe aux statuts personnels ? Dès qu'il y a doute sur le point de savoir si un statut est personnel, il ne saurait être question de personnalité et, par

(1) Boullenois, *Traité des statuts*, t. I, p. 150-152, et t. II, p. 97.

, on reste sous l'empire du statut réel. En cas de
e, dit Boullenois, il faut estimer que le statut est
plutôt que personnel. Il invoque l'autorité de d'Ar-
ré et de Bourgoingne qui, dans le mélange de la per-
e et des biens, donnent la préférence à la réalité; le
ste belge décide nettement, on peut dire crûment,
la personne doit céder à la chose. Boullenois ne va
jusque-là : « Je sais, dit-il, que l'on abuse de ces
cipes et qu'on les pousse trop loin, mais cet abus
e fait connaître le penchant que l'on a de donner la
érence à la loi qui régit la chose; ce système est celui
règne en Flandre, en Hollande et en Allemagne. »
llenois croit renfermer le principe dans de justes
es en distinguant : « Si les biens se trouvent dans
ndue d'une même loi, il est vrai de dire que la loi
mande plutôt aux personnes qu'aux biens; mais
ne les personnes ont leurs biens répandus sous diffé-
es coutumes, il faut choisir entre la coutume du domi-
et celle de la situation; or, dès qu'il y a un mélange
a personne et des biens et que la nature du statut
pas certaine, il est naturel de s'en tenir à la loi de
ituation qui, de droit, commande aux biens de son
toire (1). »

40. Dans sa *Dissertation* sur les *questions* dites
tes parce qu'elles sont mélangées de personnalité et
éalité, Boullenois se prononce pour la réalité des sta-
qui établissent une capacité ou une incapacité parti-
ère. Est-ce parce que la question était controversée
partant, douteuse? Les raisons que Boullenois donne
celles des réalistes. Le statut particulier ne déter-
pas l'état général, il déroge plutôt à l'état en déter-
ant une capacité ou incapacité particulière qui laisse
ister l'état. La coutume de Sens fixait la majorité à
t-cinq ans; elle permettait néanmoins à la femme
de dix-huit ans de tester de ses meubles et acquêts
u quint de ses propres, tandis que, d'après la coutume
'aris, elle ne pouvait tester des meubles et acquêts

(1) Boullenois, *Traité des statuts*, t. I, p. 107 et 108.

qu'à vingt ans, et à vingt-cinq ans du quint des propres. On demandait si le statut de Sens était réel ou personnel? Boullenois répond qu'il n'est pas personnel, parce que la capacité particulière qu'il établit est une exception à l'incapacité générale; il ne forme donc pas l'état de la personne, il est plutôt contraire à son état (1). L'argumentation est étrange : l'exception n'est-elle pas de la même nature que la règle? Et si la règle forme un statut personnel parce qu'elle concerne l'état, pourquoi l'exception, qui concerne aussi l'état, serait-elle réelle? La solution que Boullenois donne de la difficulté ne s'explique que par l'influence de la tradition qui penchait toujours pour la réalité.

341. Nous voilà, en apparence, en pleine réalité. C'est le régime de la souveraineté jalouse, exclusive de chaque coutume. Comme le dit Boullenois lui-même, les coutumes étaient ennemies. Est-ce aussi là la pensée du légiste français? Boullenois avoue que la doctrine régnante des statutaires ne le satisfaisait pas entièrement. La tradition exerce un grand empire sur son esprit, elle lui apprend que les lois sont souveraines, et le premier devoir du légiste n'est-il pas d'obéir à la puissance souveraine? « Je me représentai, dit-il, toutes les différentes lois qui règnent parmi les nations comme des maîtres et des souverains dont je ne devais pas blesser l'autorité. » Si Boullenois n'avait écouté que la voix du passé, il aurait reculé jusqu'au réalisme du moyen âge. Au dix-huitième siècle, il y avait un mouvement contraire. Nous avons entendu les philosophes et les économistes (nos 329 et 330); il y a aussi un souffle de cosmopolitisme chez les légistes. Après avoir parlé de son respect pour l'autorité des lois des diverses nations, Boullenois ajoute : « Mais aussi je considérai le *monde entier* comme une *grande république* où il fallait mettre la *paix* et la *bonne intelligence*. » Ce n'était pas une petite entreprise, dit-il (2). Le cosmopolitisme philosophique est le contre-pied du réa-

(1) Boullenois, *Dissertation sur les questions mixtes*, t. I, p. 25 et suiv.
(2) Boullenois, *Traité des statuts*, Préface, p. XXVIII.

; féodal. Comment concilier une doctrine qui regarde
ıme comme un citoyen du monde et un état social où
ıme est l'accessoire du sol? Boullenois aurait dû
ter le passé pour s'élancer hardiment vers l'avenir.
tel n'est pas le tempérament des jurisconsultes. Il y
nme un combat dans la pensée de Boullenois, il est
ıu dans les liens du passé comme légiste, il est en-
é vers l'avenir par l'esprit de son siècle. La place que
alisme tient dans sa doctrine est grande, mais il y a
des aspirations plus larges.

12. Le président Bouhier, plus hardi, voyant que les
ımes réelles, souveraines et, par suite, ennemies,
aient lieu tous les jours à de nouveaux procès dans
in des familles, voulait rapporter tout à la loi du
cile. Boullenois n'ose point aller jusque-là; la tradi-
et la jurisprudence l'arrêtent; il attend que le législa-
intervienne pour établir de nouveaux principes;
ıe-là il se soumet à la doctrine régnante (1). Mais
ait-on dire qu'il y eût une doctrine? Tout était
titude et controverse, et il en résultait des procès
fin. Par contre, les légistes n'étaient point liés
les textes invariables; ils pouvaient étendre, modi-
es principes, car, sous l'empire du droit coutumier,
ırisconsultes participaient, en un certain sens, à la
ction des lois. Voilà comment, d'un siècle à l'autre,
éorie des statuts changeait; la réalité perdait du ter-
et la personnalité en gagnait. Chez un seul et même
ır, il y avait progrès dans le sens de la personnalité.
ier dit que Dumoulin commença par établir comme
absolue que les coutumes sont réelles et qu'il finit
ıdmettre la personnalité dans bien des matières où
raticiens étaient attachés à la réalité. De même
enois est plus favorable à la personnalité dans le
é sur les statuts, qui parut après sa mort, que
la *Dissertation sur les questions mixtes*. Je viens de
en la critiquant, l'opinion qu'il enseigne dans sa
rtation sur la réalité des statuts qui établissent une

(1) oullenois, *Traité des statuts*, Préface, p. xxv et suiv.

capacité ou une incapacité spéciale. Dans son *Traité des statuts*, il fait bien des distinctions qui sentent la scolastique, mais qui aboutissent à déclarer personnels les statuts qu'il avait commencé par regarder comme réels. Est-ce pour expliquer cette contradiction que le légiste français distingue d'abord les statuts personnels en dispositions personnelles universelles et en dispositions personnelles particulières; puis les dispositions qui donnent un état général à la personne, qu'il appelle dispositions universelles au premier degré, et les dispositions qui affectent la personne pour des effets moins généraux, qui sont des dispositions universelles au second degré. Boullenois distingue encore deux espèces de dispositions personnelles particulières : dispositions pures personnelles et dispositions personnelles réelles. La conclusion est que toutes les dispositions personnelles s'étendent hors du territoire, sauf celles qui sont *personnelles réelles* (1). C'est, en définitive, admettre la personnalité avec une restriction, mais la restriction a-t-elle une raison d'être? Un statut peut-il être tout ensemble personnel et réel? Et s'il est personnel, n'en faut-il pas induire qu'il a les effets du statut personnel?

L'essentiel est que Boullenois rejette la définition restrictive que d'Argentré et Bourgoingne donnent du statut personnel. Ils exigent deux conditions pour qu'un statut soit personnel : 1° qu'il règle l'état universel de la personne, et 2° qu'il le règle, abstraction faite des biens. Boullenois dit, au contraire, qu'il n'est pas nécessaire pour que le statut soit personnel qu'il règle l'état universel, c'est-à-dire qu'il détermine un état qui embrasse tous les actes de la vie civile; il en conclut que le statut qui permet de tester est un statut personnel. De même, il n'est pas nécessaire que le statut règle l'état de la personne, abstraction faite des biens, car il n'en est pas où il ne soit fait mention des biens; ils sont néanmoins personnels, s'ils ont la personne en vue. Tel est le statut de minorité, qui considère certainement

(1) Boullenois, *Traité des statuts*, t. I, p. 181 et suiv.

biens et qui ne laisse point d'être personnel (1).

43. Les réalistes purs, comme Bourgoingne, res-gnent le statut personnel à la personne, et dès qu'il est conflit avec le statut de la situation des biens, ils don-t la préférence à la loi réelle. Telle était aussi la juris-dence belge, qui permettait au mineur de vingt ans iéner les biens qu'il possédait dans le Hainaut, confor-nent à la loi locale (n° 295). Boullenois suit la juris-dence française, plus portée vers la personnalité ; il est is que le statut personnel du domicile doit avoir la érence (2). Le légiste français dit très bien que la doc-e réaliste est contraire à l'essence même du statut onnel. Si l'âge de la capacité est retardé dans un pays, que l'intelligence y est moins précoce que dans un e pays où la loi avance l'époque de la majorité : dira-qu'étant incapable par ma nature, je deviens capable gré la nature, parce que j'ai des biens situés dans une ince où les hommes sont capables plus tôt (3)?

44. Boullenois, s'écartant de d'Argentré et de Bour-gne, les chefs des réalistes, devait procéder d'une e école. En effet, on trouve chez lui des maximes qui, sées à bout, conduisent à une doctrine toute con-e. Les lois, dit-il, ont l'homme principalement pour ; toutes leurs dispositions doivent se ramener à ce t. Que l'on examine tous les faits juridiques, on trou-que toujours l'homme y joue le grand rôle. Le droit idère l'homme dans l'ordre du commerce civil et de communication journalière d'affaires qui est entre et ses semblables. L'homme est dans un perpétuel merce avec l'homme : il vend, il achète, il échange, çoit, il donne, il emprunte, il prête, il acquiert par travail, il recueille par la voie du sang et de la suc-ion et transmet à son tour à ses héritiers les biens il se trouve propriétaire (4). Dira-t-on, avec les réa-

Boullenois, *Traité des statuts*, t. I, p. 41-43.
Boullenois, *Dissertation sur les questions mixtes*, Préface, p. XVII iv.
Boullenois, *Traité des statuts*, t. I, p. 132-136.
Boullenois, *Dissertation sur les questions mixtes*, Préface, p. XIV .

listes, que toutes ces lois sont réelles parce qu'elles ont les biens pour objet? Ce ne sont pas les biens que la loi a en vue, ce sont les personnes. N'en faut-il pas conclure que les lois, en principe, sont personnelles? Boullenois ne va pas jusque-là, mais il n'admet pas non plus, avec les réalistes, que les lois sont toutes réelles et circonscrites, à ce titre, dans leur territoire. Cela se concevrait, dit-il, si chaque nation, chaque province était tellement isolée, qu'elle pût n'avoir aucune communication et qu'elle pût même se passer des autres nations, des autres provinces. S'il en était ainsi, chaque pays serait comme un monde à part, et celui qui, appartenant à l'un de ces mondes, irait dans l'autre, aurait mauvaise grâce d'invoquer les lois de son domicile; s'il tenait à ces lois, il n'avait qu'à rester chez lui, rien ne le sollicitant à en sortir; en entrant dans un autre monde, il se soumet aux lois de ce monde. Mais tel n'est certes pas l'ordre de choses que Dieu a créé. Entre tous les hommes de la terre qu'ils habitent, entre les nations les plus éloignées, entre celles mêmes qui semblent les plus incommunicables, Dieu a établi une communication et une dépendance, sinon nécessaire, du moins d'utilité et de commodité. Dès lors il a été indispensable que les coutumes et les lois des différentes nations s'entr'aidassent les unes et les autres pour le bien de cette communication (1).

345. Il y a une profonde vérité dans cette remarque. C'est, en effet, l'isolement qui, au moyen âge, a engendré la réalité des coutumes. Du moment où les hommes sont entrés en communication, la réalité s'est trouvée impossible; voilà pourquoi la personnalité s'est fait jour dans les cités italiennes, là où la vie était si active et si puissante. Et c'est encore la raison pour laquelle la réalité perd à mesure que les relations des peuples deviennent plus fréquentes. Il y a d'autres raisons, sans doute, qui ont agi sur le développement de la théorie des statuts. Mais il est certain que la réalité des coutumes est inalliable avec l'extension croissante que prennent les relations

(1) Boullenois, *Traité des statuts*, t. I, p. 155.

rnationales. Boullenois le sent, il signale les embar- les difficultés que présente la réalité, mais il ne voit tre remède au mal que l'intervention du législateur; en désirant que la réalité fît place à la personnalité, oit que la doctrine et la jurisprudence sont impuis- tes pour accomplir cette espèce de révolution. Les nds *principes*, dit-il, s'y opposent; les *principes* sont r lui des lois, et, comme légiste, il doit respecter les . Boullenois revient souvent sur cette opposition entre principes traditionnels et les nécessités du nouvel re de choses. L'âge requis pour tester variait d'une tume à l'autre; la plupart des statutaires considéraient e disposition comme un statut réel. Ce serait un grand , dit Boullenois, si l'on admettait la loi du domicile me règle unique, mais les *grands principes* s'y osent (1). A propos de la garde, il se présentait des cultés inextricables. On s'accordait à la considérer me un statut réel, parce qu'elle consistait en un droit ouissance sur les biens. Mais que décider des condi- s requises pour l'acceptation de la garde? Dans sa *sertation sur les questions mixtes* (2), Boullenois con- re les formalités comme attachées aux choses mêmes tombent en garde; la sévérité des *principes* l'exige i, dit-il dans le *Traité des statuts*. Puis il ajoute : ais faut-il être si logicien? Et n'y aurait-il point lieu 'écarter de cette grande sévérité de conséquences r suivre un parti plus convenable au bien de la société le? J'avouerai que la rigueur des *principes* exige que satisfasse, dans chaque coutume, aux formalités de une d'elles. Mais je voudrais pouvoir dire, contre la rité des règles, qu'il suffit d'accomplir la formalité crite par la loi du domicile où la garde est ouverte. parti paraît très raisonnable dans une matière où il presque impossible de concilier les différentes cou- es; il semble naturel de faire ployer les *principes* pour as tomber dans des injustices manifestes (3). » Ainsi

Boullenois, *Dissertation sur les questions mixtes*, p. 38 et 39.
Dissertation, p. 107, question VI, *Des démissions de biens*.
Traité des statuts, t. I, p. 320, 331-334.

Boullenois est obligé de laisser là ses *grands principes*, et de réputer personnelles les conséquences d'un statut qu'il déclare réel. Or, déroger à un principe, c'est le modifier, et s'il est permis de modifier un principe, pourquoi ne pourrait-on pas changer toute la théorie en remplaçant la réalité par la personnalité? Après tout, ce n'est pas le législateur qui a établi le principe de la réalité, c'est la doctrine : pourquoi la doctrine ne pourrait-elle pas revenir sur son erreur? La puissance de la tradition arrêtait Boullenois; il ne s'agissait pas seulement de l'opinion des auteurs, la jurisprudence des parlements était en cause, et les parlements avaient une autorité égale, que dis-je? supérieure à celle de la loi, car ils refusaient parfois d'appliquer les lois. Dans la matière des statuts, les parlements étaient les gardiens jaloux de la souveraineté des coutumes, parce qu'elle se liait à leur propre souveraineté. Là était, dans l'ancien droit et dans les provinces d'un même Etat, le grand obstacle à la personnalité; l'obstacle ne tomba qu'avec les parlements.

346. Ne pouvant attaquer en face la souveraineté des coutumes, les légistes tournèrent la difficulté. La souveraineté est une belle chose quand elle est entière et incontestée. Mais si chaque coutume maintenait son autorité souveraine d'une manière absolue, elle perdrait son autorité sur ses sujets dès que ceux-ci quitteraient le territoire, puisque en quittant le territoire ils deviendraient sujets d'une autre coutume. Dans le système de la réalité absolue, il faudrait attacher l'homme au sol, comme cela se faisait sous le régime féodal. Mais l'homme est né pour se mouvoir, et Dieu lui a donné la terre entière comme séjour : changera-t-il de loi en passant d'un Etat dans un autre? Dans l'ordre naturel des choses, il faut que l'homme reste sujet aux lois qui régissent sa personne et qu'il puisse s'en prévaloir partout où il se trouve. La souveraineté des diverses coutumes, au lieu d'y perdre, y gagnera : chaque coutume conservera son autorité sur ses sujets et ce qu'elle concédera aux autres, elle le recevra en

retour (1). C'est la doctrine de l'utilité commune, ou de l'intérêt (2). L'intérêt n'est pas un principe, il faut le répudier comme tel, mais l'intérêt engage chaque peuple à faire des concessions qu'il n'aurait point faites au nom du droit. C'est la justification des statutaires et de Boullenois. En droit strict, il est réaliste; en fait, il introduit la doctrine contraire, sous couleur d'utilité commune. Si l'intérêt est un mauvais principe, il conduit loin dans l'application que l'on en fait; les peuples finissent par se convaincre que leur souveraineté ne s'oppose pas à l'extension sur leur territoire des lois d'intérêt privé, ce qui aboutit à poser comme règle que les lois sont personnelles. Mais leur intérêt est réellement en cause quand l'existence ou la conservation de l'Etat est engagée dans le débat; dans ce cas, les peuples ont le droit et le devoir de maintenir leur souveraineté intacte.

III. *Froland.*

347. Froland était avocat au parlement de Paris comme Boullenois. Il raconte, dans la Préface de ses *Mémoires sur les statuts*, que Me de Riparfont, l'un des plus célèbres avocats, fit présent à la Compagnie de cette grande et rare bibliothèque qui, par le nombre et le bon choix des livres qui la composaient, mérita de devenir publique. Le donateur attacha une condition à sa libéralité, c'est que de temps en temps les avocats s'assemblassent au local de la bibliothèque pour examiner les questions qui se jugeaient différemment dans nos parlements, et aussi celles que les différentes dispositions des coutumes rendaient équivoques et difficiles à décider. « Messieurs les gens du roi, continue Froland, et nos bâtonniers et confrères, informés que j'avais fait une étude particulière de ces questions, désirèrent que je leur donnasse un mémoire de celles qui me paraissaient avoir le plus de conséquence. Je satisfis à leurs ordres en fournissant un grand nombre de cahiers avec quelque applaudissement

(1) Boullenois, *Traité des statuts*, t. I, p. 189.
(2) Boullenois, *Traité des statuts*, t. II, p. 39-42.

de leur part; pendant quatre ou cinq années consécutives, elles furent discutées à la Bibliothèque. Le malheur des temps ayant fait cesser ces conférences, je fis imprimer quelques-uns de ces mémoires pour l'instruction de nos jeunes confrères. » Boullenois y assistait et prit les devants en publiant sa *Dissertation sur les questions mixtes.* Froland parle avec beaucoup de courtoisie de cette espèce de larcin dont il n'a garde de se plaindre, dit-il. Toujours est-il qu'à lui appartient l'honneur de l'initiative. S'il donne le nom de *Mémoires* à son Traité, c'est qu'il n'a point voulu s'ériger en jurisconsulte, mais donner seulement des mémoires comme en dressent les avocats. Son point de vue est tout à fait pratique; il est détaillé tout au long dans le titre : « *Mémoires* concernant la nature et la qualité des statuts, *diverses questions* mixtes de droit et de coutume, et la *plupart des arrêts* qui les ont décidées. » Froland se plaint de ce que les auteurs qui l'ont précédé n'ont traité que quelques questions, sans même donner les arrêts qui les ont jugées; il se propose de combler cette lacune en étendant le nombre des questions et en transcrivant les arrêts à la fin des chapitres. Nous avons donc affaire à un praticien : il est l'organe des doctrines régnantes.

348. La définition que Froland donne du statut personnel est tout à fait restrictive; c'est, dit-il, celui qui regarde *uniquement* la personne (1). A ce titre, il n'y aurait guère de statuts personnels. Aussi reproche-t-il à Dumoulin d'avoir donné la qualité de statut personnel à des statuts que bien des gens très éclairés estiment être des statuts réels; il penche vers l'opinion des adversaires du grand jurisconsulte, donc vers les réalistes. Heureusement que la jurisprudence se prononça pour la personnalité. Froland admet donc avec Dumoulin contre d'Argentré que le statut de communauté est réel : c'est l'opinion qui avait prévalu au parlement. Il lui reste cependant un scrupule, c'est qu'il n'est pas bien certain que le parlement de Rouen jugeât la même chose (2).

(1) Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, p. 82 et 545.
(2) Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, p. 101, n° VI.

ême était Normand, et comme tel, attaché à la réa-
s coutumes. Toutefois son réalisme s'arrête devant
ts et la force des choses.
réalistes purs donnaient la préférence à la réalité
e le statut est mélangé de biens. Bourgoingne va
à dire que les biens l'emportent sur la personne.
nd part d'un tout autre principe : « C'est assez que
ut dispose de l'état de la personne; il ne saurait
hanger de nature, ni devenir une disposition réelle.
rsonne et ses biens sont deux choses fort diffé-
; la personne est constamment la plus noble et,
e telle, elle doit l'emporter sur les biens, qui ne sont
ue pour elle. » On est heureux de trouver cette
e si simple et si vraie chez un praticien qui pro-
du réalisme ; appliquée logiquement, elle aurait
our réformer la doctrine des statuts. Froland en
t que, dans le conflit du statut personnel et du sta-
l, il faut donner la préférence à la loi qui règle
le la personne, parce que son objet est bien plus re-
ue celui du statut qui décide de la fortune. Les réa-
objectaient que le statut avait aussi en vue les
de la personne dont il déterminait l'état. Sans
il y a toujours un mélange de réalité et de per-
ité. Mais quand le statut concerne l'état, la loi a
principalement la personne; le statut est donc
nel de sa nature, et sa qualité ne saurait changer
rétexte que la permission qu'il donne ou la prohi-
qu'il porte tombe sur les biens de la personne; cela
fait que secondairement et par réflexion, et parce
permettrait ou défendrait inutilement à la personne
nner, disposer, tester, vendre ou hypothéquer, si
avait point de biens. Mais cela ne suffit point pour
er la disposition réelle; sinon, il n'y aurait point
position qui ne fût réelle, par le motif ou le prétexte
ut ce qui est ordonné par les coutumes a toujours
n aux biens (1).

). Attaché à la tradition de la réalité comme pra-

oland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, p. 100 et 101, n° V.

ticien et porté à la personnalité par la tendance qui l'emportait dans la jurisprudence, Froland est très embarrassé quand il s'agit d'étendre la personnalité. La définition que les réalistes donnaient du statut personnel était si étroite que, poussée à bout, elle aurait abouti à déclarer réels la plupart des statuts. Ils voulaient que le statut regardât la personne principalement et universellement et abstraction faite de toute matière réelle, ce qui excluait les incapacités spéciales, lesquelles n'étaient pas universelles et semblaient établies en vue des biens. Froland commença par dire qu'il ne faut pas pousser les choses à la rigueur dans l'interprétation des lois; puis il se met à interpréter le mot *universaliter*, de manière qu'il ne signifie plus ce qu'il signifiait réellement dans la bouche des réalistes. Froland dit, au contraire, que le dessein des lois n'a point été de faire dépendre absolument la personnalité du statut de l'état universel de la personne; le mot *universaliter*, d'après lui, peut et doit s'appliquer au statut par lequel le législateur a jeté ses premiers regards sur la personne pour fixer son état, sa condition, son pouvoir, sans faire aucune attention aux biens.

Froland prend appui sur la jurisprudence, qui considérait comme personnels bien des statuts, quoiqu'ils ne concernassent pas l'état universel de la personne. Tel était le sénatus-consulte velléien sur l'intercession des femmes, reçu d'abord dans tout le royaume, puis abrogé par l'édit de 1606 dans la plupart des provinces, mais maintenu dans la Normandie et dans les pays de droit écrit : le parlement de Paris l'a déclaré personnel, quoiqu'il ne concerne pas l'état universel de la femme, celle-ci pouvant donner, tester, vendre, hypothéquer et administrer, indépendamment du sénatus-consulte qui est spécial à l'intercession. Le parlement de Paris a encore déclaré personnel le statut observé à Paris, qui défend au mineur de vingt-cinq ans de vendre, engager et hypothéquer ses biens, en jugeant que le mineur ne pouvait aliéner les biens qu'il possédait en Normandie, quoique, d'après le statut de cette province, on soit majeur à vingt ans, et cependant le statut de Paris ne concerne pas l'état

niversel du mineur, puisque, d'après l'article 293 de a coutume, il peut disposer par testament de ses neubles et conquêts immeubles à l'âge de vingt ans, et article 294 lui permet de tester à cet âge du quint de es propres s'il n'a meubles, acquêts ou conquêts immeules; et il peut encore contracter sans espérance de restution quand il n'a pas été lésé. Froland conclut que ncapacité spéciale forme un statut personnel (1).

350. Il y avait de grandes diversités dans les nciennes coutumes par rapport à l'âge requis pour les spositions testamentaires, les unes le fixant à douze, uatorze, quinze et seize ans, et les autres à dix-huit, ngt et vingt-cinq ans. De là la question de savoir de uelle nature était le statut qui fixe l'âge pour les dispotions testamentaires. Les réalistes disaient que c'était n statut réel et que, par conséquent, il fallait considérer âge requis par la coutume de la situation des biens. 'elle était la doctrine consacrée par l'édit perpétuel e 1611 qui déclarait réels tous les statuts concernant les estaments. Froland dit avec raison qu'il faut distinguer; admet la réalité en ce qui regarde la nature et la quoté des biens, la qualité des personnes qui donnent ou eçoivent; ce qui est déjà une grande concession faite à a doctrine traditionnelle, mais il se refuse à croire que elui qui, d'après la loi de son domicile, peut disposer à uatorze, quinze ou dix-huit ans, soit incapable de tester es biens qu'il possède dans des coutumes où l'on exige âge de vingt ou de vingt-cinq ans. Froland dit avec raion qu'il y a même motif de décider que pour la majorité. i, à raison de l'état social et politique, la coutume délare habile à tester celui qui a atteint l'âge de quatorze ns, pourquoi serait-il inhabile ailleurs? Et quelle inuence la situation des biens peut-elle avoir sur la capaité ou l'incapacité de la personne? Le statut est donc ersonnel de sa nature (2).

Quand un praticien comme Froland abandonne la tra-

(1) Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, p. 98-100.
(2) Froland, *Mémoires*, t. II, p. 1593 et 1594.

dition de la réalité, c'est une preuve que telle était la tendance générale des esprits. La maxime que toutes les coutumes sont réelles remontait à la féodalité; plus on s'éloignait du moyen âge, plus elle perdait de son empire. Nous allons entendre un magistrat entièrement imbu des idées nouvelles, le président Bouhier.

IV. *Bouhier.*

351. Le président Bouhier appartient à l'école des statutaires. Il maintient la division des statuts en réels et personnels, c'est-à-dire, comme il l'observe, en statuts dont l'empire ne passe point les bornes de leurs territoires, et en statuts dont l'exécution s'étend sur les biens situés ailleurs. Bouhier prend soin d'ajouter, et il dit que cette considération est très importante, que régulièrement aucun statut n'a droit d'étendre sa disposition sur les biens qui sont situés hors de son territoire. La raison est que le pouvoir d'une loi se mesure sur le pouvoir du législateur; or, ce pouvoir est renfermé dans les limites du territoire où le législateur a droit de commander. Cela est d'autant plus certain, dit Bouhier, pour nos coutumes, qu'on sait qu'elles sont fondées la plupart sur des conventions passées par les trois états des provinces; ainsi elles ne doivent pas avoir plus d'effet que les autres conventions, lesquelles lient uniquement ceux qui ont bien voulu s'y soumettre. Les glossateurs disaient la même chose en comparant les statuts à des pactes (n° 217). Le motif est singulier : est-ce que jamais une disposition légale, statut ou loi, procède d'une convention? Peut-être le président académicien s'est-il laissé égarer par la théorie du Contrat social à laquelle Rousseau avait donné une grande popularité. Bouhier a encore une autre explication de la réalité des coutumes, qui vaut mieux; je l'ai déjà rapportée (n° 330) : les coutumes étaient ennemies, comme les peuples, pour mieux dire, les petits souverains féodaux qui jadis se partageaient la France. N'était-ce pas une raison pour abandonner la doctrine de la réalité? En France, oui, puisque les provinces avaient cessé d'être ennemies;

ais d'un Etat souverain à l'autre, le fondement de la alité subsistait, puisque les Etats sont toujours enne-s, en ce sens du moins que chacun est jaloux de sa uveraineté et tient à être maître chez soi. Mais si la uveraineté s'oppose à ce qu'un statut dépasse le terri-ire où le législateur a le droit de commander, n'en ut-il pas conclure qu'aucun statut, personnel ou réel, ne ut dépasser le territoire? C'est la question capitale qui mine la science du droit civil international. Les statu-ires ne pouvaient la résoudre, parce qu'ils partaient du incipe de la souveraineté territoriale, exclusive, abso-e. Bouhier écarte l'objection des réalistes purs, comme isaient tous les statutaires favorables à la personnalité. e statut personnel, dit-il, ne donne pas directement la i aux fonds qui sont situés hors de son territoire, il en a pas le droit; mais il est le maître de lier les mains ux personnes qui lui sont soumises et par là de leur ôter pouvoir de contrevenir à sa défense (1). L'argumenta-on est très faible. On pouvait répondre que la coutume n'a as plus le pouvoir d'agir indirectement que directement ur les fonds situés hors de son territoire, et que si elle eut lier les personnes qui lui sont soumises, elle ne peut mais lier les biens sur lesquels elle n'a aucune action. e n'insiste pas sur cette critique, c'est le côté faible de école des statutaires; ce qui fait le mérite de Bouhier, est que, malgré les entraves que lui opposait le prin-pe de territorialité, il est parvenu à donner à la person-alité la première place dans la doctrine, tandis que jus-u'à lui la réalité avait le pas.

352. En théorie, et abstraction faite de la souverai-eté, Bouhier a d'excellentes raisons pour donner la pré-rence à la personnalité (2). Quand la personne et la ose se trouvent en concurrence, la personne doit régu-èrement l'emporter. Accurse avait déjà établi ce prin-

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, . XXIII, n°s 36-38 (Œuvres, t. I, p. 658 et 659), et chap. XXI, n° 75, 592.

(2) Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, . XXXVI, n°s 1-10 (Œuvres, t. I, p. 819-821).

cipe et Bouhier était heureux de trouver dans la tradition des appuis pour les innovations qu'il proposait et qui effrayaient les timides praticiens. Les statutaires du dix-huitième siècle, Boullenois, Froland, posaient encore en principe que, dans le doute, on devait déclarer le statut réel. Bouhier cherche à établir le principe contraire qui découlait de la maxime d'Accurse. Puisque la personne l'emporte sur la chose, ne faut-il pas présumer que le statut est personnel plutôt que réel? Cela est d'autant plus convenable, dit Bouhier, que, d'après le sentiment de tous les jurisconsultes, suivis en cela par Dumoulin, les lois sont faites principalement pour les personnes. Ce qui a fait avouer à Mᵉ Froland lui-même que la personne, comme plus noble, doit l'emporter sur les biens qui ne sont faits que pour elle.

Bouhier a encore une autre raison, plus considérable, pour se déterminer, en cas de doute, en faveur de la personnalité des coutumes, c'est que le bien public demande qu'on l'étende le plus qu'il est possible. La réalité est une source intarissable de procès. Il en était ainsi notamment en matière d'hérédité. La réalité, dit Bouhier, introduit dans les successions plusieurs patrimoines: il n'est pas concevable combien cette diversité cause d'embarras et de procès dans les partages de successions, surtout dans celles des grandes maisons dont les biens sont répandus dans plusieurs coutumes différentes. La personnalité, au contraire, rend les partages simples et uniformes et, par conséquent, exempts de contestations. Toutes les provinces ont donc un mutuel intérêt de préférer ce parti à celui de la réalité des coutumes. Rien de mieux quand on se place sur le terrain de l'utilité, mais n'y a-t-il pas dans ce débat un élément qui domine l'intérêt? C'est le droit. Le juge n'est pas appelé à concilier des intérêts, il est l'interprète de la loi. Cette objection, qui pour nous a tant de poids, en avait moins dans l'ancienne jurisprudence; les légistes n'étaient pas liés par des codes, ils faisaient le droit autant qu'ils l'interprétaient. Après tout, il n'y avait pas de lois qui définissaient les statuts; c'étaient les interprètes du droit romain qui avaient créé

ɔctrine des statuts; or, les glossateurs trouvaient leurs textes à peu près tout ce qu'ils y cher-ent.

es glossateurs, et à leur suite Dumoulin, établissaient ne principe que tout statut qui a quelque fondement le droit commun ou dans le droit naturel est person-t s'étend sur tous les biens, quoique situés hors de due de son empire; la raison et l'équité permettent urs d'étendre les statuts. Le fondement de ce prin-est que le droit naturel est la loi primordiale de s les nations; quant au droit commun, qui est le droit en et foncier du royaume, il est presque toujours fondé es règles de l'équité; nous devons donc en faciliter tour ou, du moins, nous en rapprocher autant qu'il ossible; ce qu'on ne saurait mieux faire qu'en donnant us grande extension aux statuts qui y sont conformes. à pourquoi les glossateurs suivaient comme règle que d on peut donner deux interprétations opposées à un t, il faut préférer le parti qui tend le plus à favoriser oit commun.

estait la redoutable objection de la souveraineté des umes. Bouhier ne l'aborde pas directement, mais il une remarque très juste qui aurait pu le mettre sur la si la tradition ne l'avait arrêté. La souveraineté lle réellement engagée dans le débat? Oui, s'il s'agit atuts qui concernent l'existence et la conservation ociétés. Non, s'il ne s'agit que d'intérêts particuliers; e droit civil international, le mot même le dit, ne con-e que les intérêts privés, donc la souveraineté est de cause. C'est en ce sens que Bouhier dit très bien: parler en général, il est fort indifférent aux peuples n statut soit déclaré réel ou personnel, car ce que les culiers peuvent perdre dans l'un de ces partis, ils le gnent dans l'autre, ainsi tout devient égal. » Les sta-res du dix-huitième siècle avouaient que la person-é devait être préférée à la réalité, mais ils croyaient le législateur seul avait ce droit. Bouhier répond à lenois : « En attendant une décision que nous n'avons le droit de prendre, pourquoi ne pas admettre une

interprétation favorable à la personnalité quand elle dépend des interprètes? Déclarons donc personnel, dans le doute, le statut qui s'accorde avec les principes du droit commun et de l'équité. »

353. Quelque soin que Bouhier prît de rattacher sa doctrine à la tradition, elle effraya les praticiens. Le président aboutissait, en effet, à une règle toute contraire de celle que les statutaires établissaient. Sauf Guy Coquille, tous admettaient comme principe que les coutumes sont réelles. La réalité était donc la règle et une règle presque absolue, tandis que la personnalité était une exception, que les uns, les plus logiques, restreignaient, tandis que les autres cherchaient à l'étendre. Bouhier l'étendit tellement que l'exception devenait la règle. Ce système, dit Boullenois, combat absolument la décision de nos meilleurs jurisconsultes qui, dans le mélange de la personne et des biens, donnent volontiers la préférence à la réalité. Accorder la prééminence au statut personnel, c'était renverser toute la tradition. Que devenait, dans cet ordre d'idées, la souveraineté des coutumes (1)? Bouhier aurait pu répondre que si l'on maintenait strictement le principe de la territorialité, on aboutissait à déclarer réels tous les statuts, et pas un statutaire n'oserait aller jusque-là. Il est vrai que les plus conséquents, tels que les deux Voet et Huber, soutenaient qu'aucun statut ne pouvait s'étendre hors de son territoire, mais ils ajoutaient que la nécessité et les convenances amenaient des concessions mutuelles entre les peuples; ils admettaient donc les statuts personnels au nom de la courtoisie internationale (n° 309). Bouhier aboutit à peu près à la même conclusion, toutefois il y arrive en vertu d'un autre principe: la différence est capitale et il importe de la noter.

Bouhier n'ose pas contester le principe de la réalité; je dirai tantôt à quels statuts il accorde ce caractère; mais bien que la règle étroite soit pour la restriction des coutumes dans leurs limites, l'extension en a néanmoins été admise en faveur de l'utilité publique et souvent même

(1) Boullenois, *Traité des statuts*, t. I, p. 107 et suiv.

e espèce de nécessité. Ainsi quand les peuples voi- ıt souffert cette extension, ce n'est pas qu'ils se :rus soumis à un statut étranger; c'est seulement qu'ils y ont trouvé leur intérêt particulier, en ce ›areil cas leurs coutumes ont le même avantage :s provinces voisines. On peut donc dire que cette on est fondée sur une espèce de droit des gens et ıséance, en vertu duquel les différents peuples sont ıent demeurés d'accord de souffrir cette extension tume à coutume, toutes les fois que l'équité et l'uti- mmune le demanderaient. Ces motifs d'équité et é publique sont le vrai fondement de la personna- ; coutumes (1). C'est à peu près le langage de Jean cependant le légiste français arrive à des consé- s toutes différentes : l'un nie, en principe, l'exis- les statuts personnels, tandis que l'autre les consi- ›mme formant la règle générale; les applications lement diffèrent également du tout au tout. C'est uhier voit la personnalité avec faveur, parce qu'elle lée sur l'équité et sur l'utilité publique, tandis que . voit avec défaveur, parce que c'est une dérogation uveraineté territoriale; l'un de ces grands juris- es s'inspire du cosmopolitisme du dix-huitième et l'autre procède de la souveraineté jalouse et de la féodalité. Voilà pourquoi Bouhier élargit le des statuts personnels, tandis que Voet le ré-

. Bouhier critique les définitions que les statu- lonnaient des statuts personnels; il ne propose pas ıition nouvelle, parce qu'on ne saurait en donner ıe tant qu'on ne sera pas convenu des différents qui doivent composer la classe des personnels et ɜls, car comment définir clairement des choses nature est douteuse et contestée? En attendant égislateur ait fixé la qualité des statuts, il faut s'en la définition qui regarde uniquement l'effet résul-

ıhier, *Observations sur les coutumes du duché de Bourgogne*, :III, n[os] 62 et 63 (Œuvres, t. I, p. 662 et 663), et chap. XXIV, 689.

tant des statuts : le *réel* est celui dont le pouvoir ne s'étend pas au delà de son territoire, et le *personnel* celui qui étend son empire sur les biens de ceux qui lui sont soumis, en quelques lieux qu'ils soient situés. Ainsi Bouhier reconnaît qu'il est de l'essence du statut personnel d'avoir effet sur les biens situés hors de son territoire. J. Voet, au contraire, nie qu'un statut ait effet hors du territoire, qu'il soit personnel ou réel (n° 314); il ne l'admet que par courtoisie ou par intérêt. C'est un principe restrictif. Bouhier parle aussi de courtoisie, mais il ajoute l'utilité publique, et il fait un devoir au juge de se décider d'après le bien général. Le principe est, au fond, tout différent (1).

355. Les applications que Bouhier donne de son principe appartiennent à la partie dogmatique de ces Etudes; je me bornerai à citer quelques exemples pour faire comprendre la portée de sa doctrine. Il pose comme règle que tout statut renfermant une prohibition aux personnes qui lui sont soumises, *pour quelque cause publique*, est personnel. C'est une conséquence du principe d'après lequel les coutumes qui regardent le bien universel des peuples, les bonnes mœurs et l'honnêteté publique méritent d'être étendues hors de leur territoire. En effet, on ne saurait douter que ce ne soit le vœu commun des législateurs des provinces; ainsi, par un intérêt mutuel, l'extension de ces sortes de coutumes, loin de trouver des obstacles dans les autres, doit y être extrêmement favorisée. Ces statuts ont effet sur les biens que la personne a sous un autre statut, non par un empire direct, mais par une déférence politique et louable des magistrats dont le zèle pour le bien public doit se prêter, dans ce cas, à l'extension de coutume à coutume (2).

Les statutaires ne raisonnaient pas ainsi ; ils cherchaient à restreindre les statuts personnels, afin de maintenir l'autorité souveraine des coutumes. C'est dans cet esprit

(1) Bouhier, *Coutume de Bourgogne*, chap. XXIII, nos 45 63 (Œuvres, t. II, p. 660-663).
(2) Bouhier, *Coutume de Bourgogne*, chap. XXIII, nos 75, 76, 79 (t. I, p. 664).

ı'ils avaient imaginé la théorie des incapacités ou des .pacités particulières qui, d'après eux, formaient un sta- t réel. Bouhier ne discute même plus la question ; il se ›ntente de dire qu'il ne convient point de ce prétendu 'incipe. Dès qu'un statut établit une capacité ou une capacité, il regarde un droit inhérent à la personne, ›nc il est personnel. Il en est ainsi de l'âge requis pour ster : ne serait-il pas absurde que le mineur fût, au lieu › son domicile, capable de disposer, et incapable dans ıe autre coutume? Cependant cette question était vive- ent controversée; on opposait des arrêts; il y en avait ı sens contraire (1). La jurisprudence est la grande auto- té de Froland. Bouhier répond que le jurisconsulte a ›ujours le droit et le devoir d'examiner si les arrêts sont ›ndés sur des raisons solides. C'est un magistrat qui tient › langage, intéressé comme tel à ce que l'on respecte les écisions des cours. Eh bien, il se plaint de la déférence veugle des auteurs pour les arrêts. Il est plus conve- able, dit-il, de ramener la jurisprudence des arrêts aux rincipes, que de réduire les principes, à la jurisprudence es arrêts. Les compagnies mêmes qui rendent les arrêts, joute Bouhier, ne cèdent à leur autorité que quand elles s trouvent conformes aux règles; il n'y a que les petits énies, les esprits plébéiens, comme dit un écrivain de .ome, qui se laissent entraîner par les exemples au lieu 'écouter la raison (2). Ces paroles d'un grand magistrat ›nt considérables dans une matière où la jurisprudence ›ue un grand rôle.

356. Bouhier pose encore comme règle que tout statut ›ndé sur une convention tacite est personnel. On sait ıe cette question avait divisé les deux grands juriscon- ıltes du seizième siècle, Dumoulin et d'Argentré. En- ›re au dix-huitième siècle, Boullenois et Froland osaient pas suivre Dumoulin en tout point; à leur avis,

(1) Bouhier, *Coutume de Bourgogne*, chap. XXIV. n°s 92-108 (t. I, 684-686).
(2) Bouhier, *Coutume de Bourgogne*, ch. XXIII, n°s 13 et 21 (t. I, p. 655 656); ch. XXIV, n° 77, p. 681, et n° 97, p. 684.

il poussait trop loin le principe des conventions tacites (1). Bouhier trouve le principe évident : « Outre l'axiome vulgaire, que personne ne révoque en doute, que *taciti et expressi eadem vis*, on comprend que le *bien public* l'exige de la sorte ; car de pareils statuts n'ont été introduits que pour épargner aux particuliers la peine et les frais de passer de certains contrats importants à la société civile et qui sont d'un usage fréquent. Ainsi l'on doit supposer que les contractants se sont reposés, à cet égard, sur la prévoyance de la loi. Il est donc utile à cette même société que l'on donne à ces conventions tacites tout l'effet que produisent les conventions expresses. » Bouhier ajoute que nous avons l'obligation à Dumoulin d'avoir le premier fait l'application de cette règle à la communauté légale de biens meubles et conquêts, introduite par la plupart de nos coutumes. Loin de croire que l'on ait donné trop d'extension à ce principe, il regrette que les auteurs et Dumoulin lui-même n'aient pas tiré de cette règle tous les avantages qu'ils auraient pu en tirer pour la résolution de beaucoup de difficultés sur la réalité ou la personnalité de certains statuts; car si l'on a reconnu pour personnelles les dispositions coutumières sur le fait de la communauté conjugale, pourquoi a-t-on refusé la même qualité aux statuts qui regardent le remploi des propres, le douaire coutumier, la renonciation tacite des filles, par contrat de mariage, à la succession paternelle, et plusieurs autres où les coutumes n'ont fait que remplacer les clauses fréquentes des actes (2)? C'est que les anciens statutaires étaient toujours retenus par l'autorité souveraine des coutumes, tandis que Bouhier mettait le *bien public* au-dessus de la souveraineté territoriale.

357. En passant aux statuts réels, Bouhier dit qu'ils souffrent moins de difficulté, parce que la plupart de ceux qui ont écrit sur cette matière ont marqué beaucoup plus

(1) Boullenois, *Traité des statuts*, t. I, p. 737 et suiv., et t. II, p. 299 et 300. Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, p. 272, chap. II, et p. 320, chap. X.

(2) Bouhier, *Coutume de Bourgogne*, ch. XXIII, nos 69-74 (t. I, p. 663 et 664). Comparez Boullenois, *Dissertation sur les questions mixtes*, p. 227, quest. XII, et p. 239, quest. XIII.

e penchant pour la réalité que pour la personnalité des outumes. En effet, ils partaient du principe que les couumes sont réelles; dans cet ordre d'idées, il fallait resreindre la personnalité; mais les auteurs n'avaient ucun principe qui pût les guider. Bouhier était porté our la personnalité, mais il désespérait de définir le staut personnel. Il aurait dû dire que toute loi est personelle, mais il ne va pas jusque-là, et il ne le pouvait pas lans le système de la souveraineté territoriale, qui était ncore généralement admis. S'il ne trouvait aucune diffiulté à énumérer les statuts réels, c'est qu'il était d'accord vec tout le monde. Dans nos idées modernes, il n'en est lus ainsi. La grande difficulté, pour nous, est de définir es statuts réels. Bouhier se rend la tâche facile en admetant la doctrine traditionnelle. « Je commence, dit-il, par e grand principe que nous a donné Dumoulin et qui emble dicté par la raison même, savoir qu'en ce qui conerne les choses qui ont une assiette fixe et les charges ui y sont imposées, il faut considérer la coutume du lieu ù elles sont assises. La raison en est que ces sortes de harges tombent moins sur la personne que sur la chose nême. » Je n'entre pas dans le détail des applications : lles trouveront leur place ailleurs. Il y a cependant un oint qui mérite d'être noté; il s'agit des fiefs et du point e savoir si la majorité féodale forme un statut réel.

A première vue, la personnalité paraît évidente. La najorité n'est-elle pas une qualité personnelle, et l'homnage n'est-il pas un devoir pur personnel? Il semble donc u'il n'y a rien de réel dans les statuts qui règlent l'âge ù le vassal est tenu de rendre ce devoir à son seigneur. Cependant on admettait généralement la réalité et Bouier approuve. C'est improprement, disait-on, que l'on apelle *majorité* l'âge prescrit par les coutumes pour rendre e devoir de fief, puisqu'elle ne regarde que ce seul acte. Cela est très vrai dans la doctrine qui exige, pour que le tatut soit personnel, qu'il règle l'état universel de la peronne, mais Bouhier n'accepte pas ce principe; il fallait lonc s'attacher à la nature de l'acte; or, qu'est-ce qu'il y de plus personnel que la foi et l'hommage? On répond

que l'hommage est un devoir personnel, en ce sens seulement que la prestation de foi doit être faite par le vassal, mais l'obligation qui lui en est imposée est une servitude qui grève le fief. Telle était, en effet, la théorie féodale, et tant que la propriété féodale subsistait, il était impossible d'en changer le caractère; la réalité ne tomba qu'avec le régime dont elle formait l'essence. Mais cette réalité, dans une matière où tout était personnel, n'aurait-elle pas dû frapper Bouhier et lui montrer ce qu'il y a de faux dans la doctrine traditionnelle? On ne considère ni la coutume du lieu où le vassal est né, ni celle où il a son domicile, mais seulement celle où est assis le fief servant; par conséquent, si le fief était situé dans les coutumes de Bourgogne, de Meaux, de Nivernois et de Saint-Quentin, le vassal en faisait l'hommage à quatorze ans; et s'il tenait un fief du même suzerain sous les coutumes de Sens, de Melun et de Clermont, il faisait l'hommage à dix-huit ans seulement. Il était donc capable tout ensemble et incapable de desservir les fiefs divers qu'il possédait. Voilà ce que devient le droit quand on attache l'homme à la glèbe et que l'on en fait l'accessoire de la terre (1)!

358. La réalité avait encore un autre fondement dans l'ancien ordre social. Bouhier dit que les statuts concernant les biens sont réels, parce qu'ils tendent la plupart à conserver, au moins en partie, les *fonds* dans les familles et à restreindre, à cet égard, la trop grande liberté que le droit commun laisse aux hommes (2) : « Pour peu que l'on soit instruit des mœurs de notre nation, on sait que l'attention principale de ceux qui en ont rédigé les lois particulières a été de pourvoir à la conservation des biens anciens dans les familles et de tâcher de les y perpétuer autant qu'il était possible sans le secours des substitutions. Cet esprit de nos coutumes se reconnaît particulièrement dans ce qu'elles ont réglé pour les dispositions testamentaires; la plupart des cou-

(1) Bouhier, *Coutume de Bourgogne*, ch. XXIX. nos 21-26 (Œuvres, t. II, p. 784).
(2) Bouhier, *Coutume de Bourgogne*, ch. XXI, n° 82 (t. I, p. 593).

mes ont pris soin de limiter plus ou moins le pouvoir s testateurs sur le fait des biens *propres* ou *anciens*. y en a même qui ont étendu cette limitation aux dona- ons entre-vifs; d'autres, poussant la chose encore plus in, comme la nôtre ancienne, défendaient aux testateurs disposer inégalement par testament entre leurs vérita- es héritiers. Et à l'égard des successions *ab intestat*, es ont presque toutes ordonné que les biens propres tourneraient aux héritiers de la ligne d'où ils étaient sor- . Mais comme les coutumes varient dans les détails de qu'elles en ont réglé, on demande quelle loi il faut sui- e lorsque le défunt laisse des biens dans des provinces fférentes. On a perpétuellement répondu que, dans l'es- it de nos coutumes, il fallait suivre le statut du lieu où s biens sont situés. C'est principalement pour ce cas 'a été faite la règle que les coutumes sont réelles (1). »

359. Bouhier ne manifeste aucun doute sur la légiti- ité du principe aristocratique dont les coutumes sont xpression. Il est parlementaire, et les parlements avaient ie grande place dans l'ancien régime. Cela explique pprobation que le président donne à la réalité des cou- mes en tant qu'elles ont pour objet de conserver les ens dans les familles. Il faut se reporter à un ordre cial qui n'est plus le nôtre pour comprendre la doctrine Bouhier concernant l'exclusion des filles mariées des ccessions paternelles et maternelles (2). Les glossateurs, ivés dans l'esprit d'égalité qui règne dans le droit main, se révoltaient contre une exclusion qui violait la ture. Nous allons entendre Bouhier. D'abord il n'y a int de difficulté lorsque l'exclusion des filles est fondée r la renonciation qu'elles font par leurs contrats de ma- ge, car il est de principe que les conventions s'éten- nt sur tous les biens, quoique situés hors de la cou- me. Sans doute, pourvu qu'il y ait une convention véri- ble; mais Bouhier avoue que la renonciation est *exigée* r le père, et il en conclut qu'elle doit être universelle.

1) Bouhier, *Coutume de Bourgogne*, ch. XXX. n[os] 1-3 (t. I, p. 790).
2) Bouhier, *Coutume de Bourgogne*, ch. XXVI, n[os] 175-202 (t. I, 739-744).

Ainsi il déclare le statut personnel, afin de rendre la spoliation complète.

Bouhier considère encore comme personnels les statuts qui excluent les filles sans qu'il y ait une renonciation de leur part, contre l'opinion presque unanime des auteurs et même des arrêts qui réputaient le statut réel. Sur le terrain des principes traditionnels, Bouhier a raison. Les statuts qui excluent les filles dérivent d'un usage, qui jadis était universel, d'exiger des filles en se mariant la renonciation aux successions paternelles et maternelles. Ainsi les coutumes n'ont fait autre chose que de rendre de droit général et public ce qui était autrefois d'un droit ordinaire, mais particulier.

Le grand argument des glossateurs était que le statut d'exclusion est exorbitant, contraire au droit commun; quelques-uns disaient, odieux. Bouhier écarte d'abord la qualité d'odieux que l'on donne à ce statut; ce qui est fondé sur l'utilité publique et sur le bien des familles ne doit point être traité de ce nom; or, le statut qui exclut les filles est de cette nature. Bouhier ne veut pas même qu'on l'appelle exorbitant : « Un usage *aussi ancien que la nation*, qui est regardé comme un point essentiel au bien de l'Etat et qui est universellement reçu partout, peut bien être appelé notre droit commun. »

Toutes ces considérations tiennent à un état social qui pour nous n'est plus que de l'histoire. Le cri de la nature l'a emporté sur des usages qui violaient la nature. Mais il a fallu pour cela la tempête de 1789 qui a englouti tout l'ancien régime. L'aristocratie a fait place à la démocratie, et, par suite, l'égalité civile est devenue la base de la famille et de la société. Tout ce que Bouhier disait en faveur de la personnalité du statut qui exclut les filles mariées se tourne contre sa doctrine : le statut doit être limité à son territoire et il ne comporte pas d'extension, parce qu'il est contraire à notre ordre social et même à l'ordre moral. Je reviendrai sur la question, car la réalité aussi souffre des difficultés dans la doctrine nouvelle qui répute personnelle toute loi en ce qui concerne les intérêts privés.

160. Ainsi la base sur laquelle se fondait la réalité statuts s'écroule. Les dispositions des coutumes qui ravaient la liberté de disposer dans l'intérêt des familles t abolies; la liberté est considérée comme le plus nd des biens; ce qui conduit à rendre les lois personles. L'égalité a pris la place des priviléges; tout ce , dans l'ordre civil, tenait au régime aristocratique t évanoui dans la nuit du 4 août 1789. Or, l'égalité ıme la liberté sont universelles de leur nature. Tout d donc à rendre les lois personnelles. La réalité ne ı bientôt plus que de l'histoire, au moins en ce qui cerne les applications qu'en faisait la doctrine tradiınelle. Il y a cependant des statuts réels, et ils conıent la souveraineté, mais la souveraineté aussi a ngé de nature. De là les nouvelles difficultés auxlles je viens de faire allusion. Chose remarquable! ıhier parle peu de la souveraineté des coutumes; c'est de son temps la souveraineté était encore territoriale, ıui formait un obstacle à la personnalité que Bouhier lait élargir; il l'écarte comme un obstacle en faisant el au bien public. Il en résulte qu'il y a quelque chose cohérent dans sa doctrine. C'est le dernier et le moins iste des statutaires, mais il l'est encore, et tous les utaires sont inconséquents; tous procèdent de la réades coutumes et tous admettent des statuts person: les uns en les restreignant, les autres en les étent. Bouhier est celui qui donne le plus à la personna, et en cela il est dans la voie de l'avenir.

§ III. *Critique de la doctrine des statuts* (1).

161. La doctrine des statuts est abandonnée aujourıi, au moins dans le domaine de la science, car il y a codes qui consacrent la théorie traditionnelle : tel est ode Napoléon, comme je le dirai dans la partie dogique de ces Etudes. Cette théorie est contradictoire elle-même. Elle part du principe de la réalité des cou-

(1) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. Ier, p. 191, nos 122-140.

tumes, ce qui exclut la personnalité; en effet, les coutumes sont réelles, en ce sens qu'elles sont souveraines, et leur souveraineté est absolue, exclusive de toute autre coutume; l'étranger n'a point de droit à lui propre, il est soumis pour sa personne et pour ses biens à la loi du pays où il se trouve; quant à l'indigène, il reste également assujetti à la loi du territoire sans que l'on puisse dire néanmoins que cette loi le suive hors du territoire; aucune loi, même celle qui concerne l'état de la personne, n'a d'effet hors du territoire. Voilà ce que disent les plus conséquents des réalistes, Voet et Huber, et c'est ce que répètent encore les légistes anglo-américains qui donnent tout à la réalité. Cependant tous ceux qui admettent la distinction des statuts, même les réalistes, admettent aussi qu'il y a dans certaines lois, celles qui règlent l'état des personnes et celles qui déterminent la nature et les effets des conventions, un élément de personnalité, quoiqu'ils ne soient d'accord ni sur le fondement, ni sur l'étendue des statuts personnels. Consultez les réalistes les plus outrés, les deux Voet et les Anglo-Américains; ils nient, à la vérité, qu'aucun statut s'étende hors du territoire, mais en ce sens seulement qu'en droit, la loi est limitée au territoire sur lequel le législateur exerce son autorité, ce qui est d'évidence; mais, en fait, ils reconnaissent que par nécessité, convenance ou courtoisie, on reconnaît que certains statuts s'attachent à la personne et la suivent partout. Courtoisie ou droit, peu importe, toujours est-il qu'il y a des statuts personnels dans la doctrine des réalistes même les plus exclusifs. Or, dès que l'on donne une place quelconque à la personnalité, elle s'étend tous les jours et elle finit par tout absorber. Cela est si vrai qu'au seizième siècle, la réalité était encore la règle et la personnalité une exception plus ou moins contestée; tandis qu'au dix-huitième siècle, la personnalité est la règle et la réalité devient une exception.

362. Ainsi la réalité, poussée à bout, exclut la personnalité; et la personnalité, poussée à bout, exclut la réalité. C'est dire qu'il n'y a point de limites certaines

ntre le statut personnel et le statut réel. Les statutaires ux-mêmes l'avouent, tout en déplorant l'incertitude de la science. A entendre d'Argentré, Bourgoingne, Hert, les artisans de la personnalité se trompent en réputant personnels des statuts qui sont réels; mais ceux-ci en disent utant de leurs adversaires, et les derniers venus ne avent littéralement à quel saint se vouer. Froland dit et épète que ce qu'il y a de plus embarrassant dans cette natière, où l'esprit le plus délié est en danger de se méprendre, est de savoir distinguer au juste quand le statut tombe sur la personne ou sur la chose; il va jusqu'à nvoquer les muses, mais en vain, elles ne répondent pas son appel; et qu'en résulte-t-il? Une déplorable incertiude, les uns estimant personnels les statuts que les utres disent être réels. Boullenois est encore plus désespérant, il ne croit pas qu'il soit possible de tracer des ègles qui aient toujours une application certaine (1). Dans un seul et même pays, on peut, à la rigueur, espérer que le droit sera ramené à l'unité; mais comment croire que les nations conviennent jamais entre elles de rincipes qui seraient comme autant d'articles de concordats invariables et perpétuels et qui, entre tant de lois iverses, assureraient, suivant les circonstances, à chaune d'elles un droit de préférence mutuel et réciproue (2)? On pouvait répondre hardiment que, dans la doctrine des statutaires, cela était impossible, puisque les octeurs mêmes ne s'accordaient pas sur les principes qui evaient décider les questions soulevées par la contrariété es statuts. Ils ne sont jamais parvenus à définir le statut personnel, ce qui est la base de toute la doctrine; Froland est obligé de faire violence à la définition empruntée à la tradition pour déclarer personnels des statuts ui, d'après la théorie traditionnelle, auraient dû être éputés réels (3); et Bouhier renonce a définir les statuts ersonnels, vu qu'il est impossible de donner la définition

(1) Voyez les témoignages dans Boullenois, *Traité des statuts*, t. I, 74 et 75.
(2) Boullenois, *Traité des statuts*, t. I, Préface, p. XVII et suiv.
(3) Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, p 98 et 99.

d'une chose contestée (n° 354). Et comment se serait-on accordé sur un principe, alors que la distinction des statuts implique une contradiction? En effet, les réalistes disaient, et ils n'avaient pas tort au point de vue de la souveraineté territoriale, que la loi du territoire peut seule régir les biens qui y sont situés; d'où suit que le statut est réel dès qu'il y est question de biens, ce qui aboutissait à déclarer réels la plupart des statuts. Aussi Boullenois avouait-il que, tant que l'on persisterait dans le principe qu'un statut est réel quand il s'y agit d'héritages, il serait bien difficile que l'on fût jamais d'accord (1).

363. Avouer l'incertitude absolue, irremédiable des principes, c'est avouer qu'il n'y en a point ou qu'ils sont faux. En effet, les derniers statutaires ont une tendance décidée à déclarer tous les statuts personnels. Je ne parle pas de Bouhier, qui est tout entier dans cet ordre d'idées; Boullenois n'a pas osé suivre le président dans une voie qui aboutissait à répudier la tradition, mais est-ce à dire qu'il ait approuvé la tradition? Il la désapprouve, au contraire; il voudrait la changer en déclarant personnels des statuts que la doctrine traditionnelle réputait réels; s'il ne le fait pas, c'est qu'il ne s'en croit pas le droit : les *grands principes*, dit-il, s'y opposent (2). Ces *grands principes* n'étaient autre chose que la tradition, dont l'autorité était toute-puissante dans l'ancien ordre de choses. Mais si Boullenois était remonté jusqu'à l'origine de la tradition, il aurait rencontré la réalité absolue, la négation de tout statut personnel, et certes ce n'était pas là son idéal. Il ne restait qu'à reconnaître que la tradition est progressive; c'était, au fond, la doctrine de Bouhier. Mais quelle était la dernière limite de ce progrès? L'abandon, sinon la négation, de la réalité, ce qui équivalait à la dissolution de la doctrine traditionnelle.

On conçoit que, dans cette situation désespérée, il se soit fait un retour vers le passé. En parlant du statut qui

(1) Boullenois, *Traité des statuts*, t. I, p. 472.
(2) Boullenois, *Dissertation sur les questions mixtes*, p. 27-29 et 39

clut de la succession paternelle les filles mariées, Froad expose successivement les raisons que donnaient les rtisans des deux opinions; elles étaient si formellement posées les unes aux autres qu'il ne voit aucun moyen se tirer d'embarras. « Je ne sais, dit-il, si l'opinion ceux qui veulent que tous les statuts soient locaux ne vrait point l'emporter. Ce qu'il y a de vrai est qu'en dmettant, ce serait nous tirer de beaucoup d'embarras nous jettent la diversité des coutumes, la variété de la isprudence et la difficulté de connaître quand le statut t réel ou personnel (1). » Les regrets qu'inspire le passé nt toujours vains et stériles. Il y avait une école de gistes qui maintenait la réalité des coutumes. Mais Voet i-même et Huber étaient contraints par la force des oses à donner effet à certains statuts hors de leur teroire; ils expliquaient et justifiaient cette extension par courtoisie : beau nom qui signifie l'intérêt et le bon aisir. Est-ce là un principe de droit? Vérité aujourd'hui, reur demain! Cela revient à nier toute science du droit. quoi bon discuter pendant des siècles sur la personnaé et la réalité? Fermons nos livres et fermons aussi nos oles : le premier épicier venu sera plus expert, en fait ntérêt, que le plus subtil légiste.

364. Une doctrine d'une incertitude absolue et conadictoire en elle-même ne saurait être l'expression de vérité. Les derniers statutaires, en présence de tant de ntroverses, le sentaient, et ils finirent par douter de la alité de leur science. « Si on fait réflexion, dit Renusn, sur cette distinction que l'on a toujours faite et que n continue toujours de faire, touchant les statuts et utumes, s'ils sont réels ou personnels, ou si la dispositon en est plus personnelle que réelle, ou si elle est plus elle que personnelle, il semble que cette distinction n'est s tout à fait solide, qu'elle ne satisfait pas l'esprit et l'elle n'est pas suffisante pour décider les questions qui présentent. Il semble que les biens sont relatifs aux rsonnes qui les possèdent, et les personnes sont consi-

(1) Froland, *Memoires sur les statuts*, t. II, p. 1025.

dérées par rapport à leurs biens et par le droit qu'elles y ont. On ne peut pas regarder les biens purement et simplement par abstraction aux personnes qui les possèdent, ni aussi regarder purement et simplement les personnes par abstraction à leurs biens. Cela fait voir que cette distinction n'est point solide (1). »

Froland a aussi des scrupules. Quelle est la qualité d'un statut qui intéresse en quelque façon la *personne* dans la permission qu'il donne ou dans la prohibition qu'il porte? Faut-il le déclarer *personnel?* Alors tous les statuts seront personnels, parce qu'il n'y a point de loi qui n'intéresse en quelque manière la personne directement ou indirectement, les lois n'étant faites que par rapport aux hommes. C'est un motif de douter, mais quelle est la raison de décider? Comment savoir si un statut est *réel*, quoiqu'il concerne la *personne?* Froland s'en rapporte à une règle tracée par Basnage; c'est un mauvais guide, puisque, en sa qualité de Normand, il est réaliste outré. La loi sera réelle quand la chose en sera la cause impulsive (2). Est-ce que jamais la chose est la cause impulsive des lois? Est-ce que le législateur a en vue les choses ou a-t-il en vue les personnes?

365. D'où viennent ces inextricables difficultés dans lesquelles les statutaires se débattent vainement? Leur point de départ est que les coutumes sont réelles, et ils entendent par là qu'elles sont souveraines. Le principe paraît incontestable et, en un certain sens, il ne saurait être contesté En effet, la loi est une émanation du pouvoir souverain; c'est à ce titre qu'elle commande ou prohibe. Quelle est la portée de ses dispositions? Ici le doute commence. La loi étend-elle nécessairement son empire sur toutes les personnes et les choses qui se trouvent dans le territoire? Cela dépend de la notion de la souveraineté. Si elle est territoriale, il faut dire qu'elle embrasse toutes choses sur lesquelles le souverain a empire. Les statutaires eux-mêmes ne vont pas jusque-là : ils

(1) Renusson, *De la Garde*, chap. VI.
(2) Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, p. 78.

nitent l'action souveraine aux immeubles; quant aux
ıubles, ils suivent la loi de la personne. Si la souverai-
té est territoriale, il s'ensuit encore que la loi ne sau-
it dépasser les limites du territoire sur lequel s'étend la
issance du législateur. Les réalistes maintiennent ce
incipe, sauf à y déroger par courtoisie; les statutaires
i inclinent vers la personnalité admettent qu'il y a des
ıtuts qui sont inhérents à la personne et qui la suivent
rtout, même en ce qui concerne les biens situés hors du
rritoire. Comment concilient-ils cette extension des sta-
ts personnels avec le principe de la souveraineté limitée
ı territoire? La conciliation est impossible. Pour qu'elle
ıit possible, il faut que la souveraineté change de na-
re et qu'elle cesse d'être territoriale.

Est-ce que la souveraineté est territoriale de son
ıence? Il faut distinguer. En tant que la souveraineté
gnifie le pouvoir de commander et le droit d'employer
. force pour contraindre les personnes à obéir à ses
ımmandements, il est d'évidence qu'elle est territoriale;
le peut ordonner et exécuter ses volontés par la force
ıns toute l'étendue du territoire sur lequel s'étend son
ıtorité, et hors de ces limites, sa puissance cesse, ainsi
ue la force obligatoire de ses lois. C'est en ce sens que
s jurisconsultes romains disent que, hors du territoire,
n'est plus dû obéissance au magistrat, parole si souvent
ıpétée par les glossateurs et par les statutaires pour
ıarquer que les statuts sont réels, c'est-à-dire souve-
ıins, mais seulement dans les limites du territoire; et,
ı ce sens, les réalistes les plus exclusifs ont raison de
re qu'aucun statut n'a d'effet hors du territoire de celui
ıi l'a porté.

366. Autre est la question de savoir si le souverain a
droit de vouloir tout ce qu'il peut : en d'autres termes,
. souveraineté est-elle absolue? Au moyen âge, on l'ad-
ettait; la propriété était souveraine et le souverain était
ropriétaire. De cette confusion de la propriété et de la
ıuveraineté suit que tout propriétaire est maître absolu
ıez lui : chaque baron est roi dans sa baronnie. Son
ouvoir sur les personnes et les choses qui se trouvent

dans sa terre est sans limites; il s'étend sur toute personne, les étrangers aussi bien que les indigènes, et sur toutes choses, sans qu'il y ait à distinguer entre les meubles et les immeubles. De là le droit odieux de naufrage, et le droit d'aubaine tout aussi odieux : l'étranger est sans droit. Cette souveraineté est essentiellement territoriale, puisqu'elle se confond avec la propriété de la terre; c'est la terre qui est souveraine et qui donne la souveraineté à celui qui la possède. De là ce principe qu'il est de l'essence de la souveraineté de comprendre tout ce qui fait partie du territoire, notamment les immeubles. Les meubles n'étaient pas exclus comme ils le furent depuis; le droit de naufrage ne s'exerçait que sur les meubles, et l'aubain ne possédait guère que des choses mobilières.

Telle était la souveraineté territoriale au moyen âge. La souveraineté politique des vassaux fut détruite par les rois appuyés sur les légistes, mais cela ne changea rien à la nature de la souveraineté; elle resta territoriale entre les mains des rois comme elle l'avait été dans les mains des barons, et elle devint encore plus absolue, grâce aux légistes romains qui transportèrent à la royauté le pouvoir absolu dont l'empereur jouissait sous le régime impérial. Voilà comment il se fit que la condition de l'étranger devint plus dure sous la souveraineté royale qu'elle ne l'avait été sous la souveraineté féodale. On maintint aussi la maxime féodale que les coutumes sont souveraines. Cette souveraineté commença également par être absolue; tout dépendait de la coutume territoriale, et la coutume n'avait aucune autorité hors du territoire. Toutefois la notion de la souveraineté se modifia sous l'influence de la théorie des statuts. Réduite à ses plus simples éléments, cette théorie admet que certaines lois sont attachées à la personne et la suivent hors du territoire. C'est une modification de la souveraineté, telle qu'on l'entendait au moyen âge : d'une part, la loi s'étend hors du territoire, et, d'autre part, l'étranger n'est pas soumis pour sa personne à la loi du territoire où il se trouve. La doctrine apporta un autre changement à la souveraineté territoriale en soustrayant à son empire les meubles; les meu-

es, dit-on, suivent la personne et, partant, la loi du do-
cile; ils échappent donc à la souveraineté du lieu où
se trouvent pour être soumis au souverain du lieu où
propriétaire est domicilié.

367. Il y a là le germe d'une nouvelle théorie de la
uveraineté et d'une nouvelle théorie des statuts. Si les
ubles ne sont pas soumis au souverain du lieu où ils se
uvent, cela implique qu'il n'est pas de l'essence de la
uveraineté de régir tout ce qui existe sur le territoire;
nc elle n'est pas absolue. Et si la souveraineté peut ne
s s'étendre aux meubles, pourquoi serait-il de son es-
nce de comprendre tous les immeubles du territoire?
ioi! il serait de l'essence de la souveraineté de régir un
in de terre valant cent francs, et il n'est pas de son es-
nce de régir des valeurs mobilières de cent mille francs!
ı souveraineté n'est donc pas territoriale de son essence
ı ce qui concerne les choses. Elle ne l'est pas non plus en
qui concerne les personnes. Dans la doctrine des sta-
taires, le souverain permet à l'étranger de se régir par
n statut personnel en tout ce qui concerne son état, alors
ême que cet état affecterait des immeubles de son ter-
toire; les uns l'admettent à titre de droit, les autres à
re de courtoisie; peu importe en ce qui regarde la
tion de la souveraineté; toujours est-il que la souverai-
eté ne s'exerce ni sur la personne de l'étranger, ni sur
s biens quand il s'agit de son état.

La souveraineté territoriale a donc cessé d'être abso-
e. Cela ne prouverait-il pas qu'elle n'est ni territoriale
universelle? Elle n'est pas territoriale; en effet, elle
donne ou elle défend; est-ce à des choses que s'adres-
nt ses commandements ou ses prohibitions? Ce sont les
mmes qui forment les nations, parce que la société est
ur eux une condition de vie. La coexistence des
mmes implique un pouvoir souverain qui maintient
rdre public, conserve et défend la société et procure
ıx individus les moyens de travailler à leur perfectionne-
ent, dernier but de leur destinée. La souveraineté a
nc toujours affaire aux personnes. Quant à la terre,
le n'est pas, comme on le croyait au moyen âge, sou-

veraine, ni la source de la souveraineté ; elle est l'instrument du développement intellectuel et moral, et ce qui est un instrument pour l'individu est aussi un instrument pour l'Etat ; la loi a donc empire sur les choses à titre d'accessoires de la personne et en tant que sa mission y est intéressée.

Ceci implique une grave restriction à l'action de la puissance souveraine. Les légistes la considéraient comme un pouvoir absolu, sans autre limite que celle de son territoire ; en effet, si elle est essentiellement territoriale, rien de ce qui compose le territoire ou de ce qui s'y trouve ne saurait être soustrait à son empire. Il en est tout autrement si la souveraineté s'adresse aux personnes. Les personnes aussi sont souveraines ; elles ont des droits que l'Etat a pour mission de sauvegarder, bien loin de pouvoir les absorber. Il y a donc deux souverains en présence ; chacun a sa sphère : l'Etat celle des intérêts généraux, l'individu celle des intérêts particuliers. S'agit-il d'un intérêt social, l'individu doit plier, son droit est subordonné à la conservation de l'Etat, parce que c'est à cette condition qu'il y a une société, et que, sans société, l'individu ne pourrait ni se développer, ni même exister. S'agit-il d'un intérêt privé, l'individu est souverain ; la loi n'a ni mission ni droit d'intervenir, elle abandonne à la liberté individuelle le règlement des intérêts particuliers (1).

368. Examinons, à ce point de vue, la doctrine traditionnelle des statuts. Le point de départ des glossateurs et des statutaires est que les coutumes sont réelles, c'est-à-dire souveraines. Si, comme je viens de le dire, la souveraineté s'adresse aux personnes, il faut renverser la proposition et dire : les coutumes sont personnelles. Faut-il demander s'il y aurait des lois s'il n'y avait pas de personnes ? Ce n'est pas assez dire. Les lois ne sont point une création arbitraire du législateur ; elles sont l'expression de notre nature, de nos besoins, de notre destinée, donc elles ont essentiellement pour objet la per-

(1) Comparez Mailher de Chassat, *Traité des Statuts*, p. 102, chap. II.

nne qu'elles aident dans le travail de son perfectionne-ent. En ce sens, on peut dire de toutes les lois ce que s anciens légistes disaient des statuts qui règlent l'état la personne; les uns les comparaient à l'ombre qui it le corps, les autres les représentaient comme la oelle de nos os (1) C'est marquer avec énergie qu'il y a s statuts qui font partie de notre être, de notre sang, qui ne sauraient être détachés de notre personnalité, rce qu'ils s'identifient avec elle. Cela n'est-il pas vrai, ns une certaine mesure, de toutes les lois? Peut-il y en oir qui soient étrangères à notre nature, à notre mis-on sur cette terre? Donc toutes sont personnelles.

Il est vrai que les lois concernent aussi les biens, ême les plus personnelles, celles qui règlent la nationa-té ou l'état. En effet, les lois sont relatives aux droits aux obligations; or, les droits et les obligations abou-ssent directement ou indirectement à nous procurer les ojets du monde physique qui nous sont nécessaires pour otre développement intellectuel et moral. Est-ce à dire u'il y ait des lois qui ont principalement les biens en ue, de sorte que l'homme serait l'accessoire de la terre, omme il l'était sous le régime féodal? Bourgoingne l'a it (n° 307), et j'ai été un peu étonné de lire dans un uteur moderne que les hommes sont considérés comme oyens dans les lois réelles (2). Quoi! l'homme, dont la ission est de « devenir parfait comme son Père dans les ieux », serait la dépendance de la terre! Et sans biens, ne serait qu'un cadavre vivant! C'est l'expression de Bourgoingne. Jésus-Christ aurait donc été un cadavre ivant, lui qui n'avait pas de pierre où il pût reposer sa te! Il est très vrai que l'homme ne saurait vivre sans s objets du monde physique; il est vrai encore qu'il ne eut développer son intelligence et son cœur s'il n'a à a disposition les instruments nécessaires, mais tous ceux ui croient qu'ils ont une âme disent que les biens ne

(1) Boullenois, *Traité des statuts*, t. I, p. 173. Vander Muelen, *Decisio abantina super famosissima quæstione*, p. 109. (Dans les Œuvres de tockmans, à la fin.)
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. I, p. 76, n° 92.

sont qu'un moyen et que l'homme, dans ce qu'il a de plus noble, est le but. Dès lors le législateur ne peut jamais traiter l'homme comme un moyen, et les biens ne peuvent jamais devenir l'objet principal de ses dispositions. Pourquoi les lois s'occupent-elles des biens? « Pour l'utilité commune des personnes », répondent les auteurs du Code (1). Donc la loi a toujours l'homme en vue et partant toute loi est personnelle en principe.

Prenons comme exemple la plus réelle des lois, celle qui divise les biens en meubles et en immeubles. Elle joue un grand rôle dans la doctrine des statuts, puisque les immeubles sont régis par la loi de la situation, tandis que les meubles suivent la loi du domicile. Tous les auteurs s'accordent à dire que c'est là un statut réel. Est-ce à dire que l'homme n'y soit pour rien? Il peut immobiliser des objets mobiliers en les incorporant au sol, en leur donnant une destination agricole ou industrielle, ou en les attachant à un fonds à perpétuelle demeure. Voilà la volonté de l'homme qui transforme la nature des choses. Et s'il ne peut mobiliser des immeubles, il peut, en les faisant entrer en communauté, les soumettre aux principes qui régissent les meubles, autant que la nature des choses le permet. Tant il est vrai que la personnalité de l'homme domine dans le droit.

369. Mais il y a encore un autre élément dans le droit, la souveraineté. Le droit se manifeste sous la forme de loi ou de coutume; la loi est une émanation directe du pouvoir souverain, la coutume est l'expression tacite de la volonté nationale ou souveraine. La souveraineté ne forme-t-elle pas un obstacle à la personnalité des statuts? D'une part, elle paraît exclusive de son essence, c'est-à-dire qu'elle ne permet point que l'on applique dans son territoire une loi qui est l'émanation d'une souveraineté étrangère : deux souverainetés peuvent-elles coexister sur un seul et même territoire? Ce serait diviser la souveraineté, et il est de son essence d'être indivisible. D'autre

(1) Livre préliminaire du code civil rédigé par la commission qui a fait le projet de code (tit. I, art. 7). Ce livre a été écarté comme étant du domaine de la science.

rt, le souverain ne peut commander que dans son terri-re; si son autorité s'arrête à la limite de son territoire, n faut-il pas conclure que la loi, qui est l'expression son pouvoir, ne peut pas dépasser cette limite? Com-nt concilier une souveraineté limitée au territoire avec personnalité des lois, laquelle ne tient aucun compte des nites territoriales et accompagne la personne partout? Si l'on admet que la souveraineté est absolue, la diffi-lté est insoluble; on retombe dans les difficultés et les ntradictions de la doctrine des statuts. Ces difficultés évanouissent quand on limite la souveraineté aux inté-ts généraux de la société. Sans doute, les lois et les cou-mes émanent, sans distinction, de la puissance souve-ine, mais il faut se garder de conclure de là que la uveraineté soit intéressée à ce que ces dispositions aient empire absolu et exclusif dans le territoire de chaque uverain. Il y a une distinction à faire, qui résulte de la ure des lois ou des coutumes : les unes concernent les érêts particuliers des citoyens, les autres ont pour et les intérêts généraux de la société. Les premières, ique émanées de la puissance souveraine, sont étran-es à la souveraineté, en ce sens que le souverain n'a un intérêt à ce qu'elles régissent toutes les personnes toutes les choses qui se trouvent sur son territoire. La son en est que le législateur ne règle les droits privés dans l'intérêt des particuliers; et comme il n'y a nt d'intérêt social en cause, rien ne s'oppose à ce que droits soient réglés par des lois étrangères, quand des angers figurent comme parties dans un acte juridique. Deux Belges se marient en Hollande, sans faire de nventions matrimoniales : seront-ils soumis au régime la communauté universelle, établi par le code des ys-Bas, comme régime du droit commun? Je réponds cela dépend de la volonté des époux, puisqu'il s'agit n contrat. Il n'y a aucun doute, si les parties ont mani-té leur volonté, puisque la loi leur permet de régler rs intérêts comme elles l'entendent; et ce qui est vrai conventions expresses l'est aussi des conventions ites. Est-ce que la souveraineté est intéressée dans ce

débat? Aucunement, car il s'agit d'intérêts purement privés. Cela est si vrai que les indigènes, quoique soumis à la loi neerlandaise, peuvent adopter un autre régime aussi bien que les étrangers. La souveraineté est donc hors de cause; personne ne dira que la souveraineté sera divisée si les futurs époux déclarent qu'ils veulent se marier sous le régime de la communauté d'acquêts ou sous le régime de la réalisation du mobilier présent et futur, ou sous le régime dotal. Ainsi donc trois lois peuvent régir le régime matrimonial des époux dans un même territoire, sans que le souverain de ce territoire s'en inquiète; il n'y est pas intéressé parce qu'il n'y a pas de droit social engagé dans le débat.

Il y a des droits qui ne dépendent pas des conventions, et qui néanmoins peuvent et doivent être régis par la loi de la personne, donc par la loi étrangère quand la personne est étrangère. Un étranger se marie en France: par quelle loi sera régie sa capacité, l'âge auquel il peut contracter mariage, le consentement dont il a besoin s'il est mineur? Je laisse de côté les théories des statutaires, et j'examine la question uniquement au point de vue de la souveraineté. Est-ce que la puissance souveraine du territoire où le mariage se célèbre est en cause dans cette matière? Je réponds que non seulement le souverain du territoire n'est pas intéressé à ce que la loi territoriale soit appliquée, mais qu'il est radicalement incompétent pour régler la capacité de l'étranger. Pourquoi la loi fixe-t-elle l'âge requis pour contracter mariage à quinze ou à dix-huit ans? Parce que d'après les circonstances physiques, intectuelles, morales, politiques du pays, le législateur estime qu'à cet âge la femme et l'homme sont physiquement, intellectuellement et moralement assez développés pour être réputés capables de se marier. Mais le législateur territorial peut-il avoir la prétention d'imposer aux étrangers nés dans un autre climat, dans un autre état social, les lois qu'il a faites en vue de son climat et de son état social? Cela n'aurait point de sens. Quoi! un Italien est pubère et capable à douze ans, et le législateur français déclarerait qu'il n'est pubère et capable

qu'à quinze ans, et le législateur allemand ne le réputera capable qu'à vingt ans! Et celui qui, d'après la loi de son pays, n'est capable qu'à vingt ans deviendra subitement capable à douze ans, s'il met le pied en Italie! Il était impubère et il sera subitement pubère! Voilà l'absurdité à laquelle aboutit, dans l'espèce, la souveraineté territoriale. Il faut dire que le législateur territorial s'est mêlé d'une chose qui ne le regarde point et où il est sans intérêt. La seule chose à laquelle il doive veiller, c'est que les mariages se contractent à un âge où les futurs époux soient capables. Quand le seront-ils? Il peut répondre à cette question, s'il s'agit de personnes nées sur son territoire et élevées dans les circonstances sociales qui déterminent la capacité, c'est-à-dire quand des indigènes sont en cause : lorsque ce sont des étrangers, il doit s'en rapporter à la loi étrangère seule compétente; s'il veut imposer aux étrangers sa loi territoriale, il aboutira à permettre le mariage à des personnes qui ne sont point capables et à le défendre à des personnes qui sont capables; il agira donc directement contre le but qu'il a en vue. Voilà des cas où il est de nécessité morale et sociale d'appliquer les lois étrangères. Et il en est ainsi, non seulement en matière de mariage, mais aussi dans tous les cas où il s'agit de l'état de l'étranger et de la capacité ou de l'incapacité qui en résultent.

Les statutaires, enchaînés par la tradition, limitaient généralement, comme le fait encore le Code Napoléon, le statut personnel aux lois concernant l'état et la capacité des personnes. Mais ne faut-il pas dire de toutes les lois civiles ce que je viens de dire des lois d'état personnel? Pascal se moque de la diversité des lois et d'une justice qui change d'une rive à l'autre d'un fleuve. Sans doute, la vérité est une et immuable; mais la vérité absolue n'existe qu'en Dieu; l'homme n'en aperçoit jamais que des rayons détachés qui varient d'après sa culture intellectuelle et morale. C'est dire qu'il y a dans les lois un élément national, variable; le législateur en doit tenir compte, car il fait des lois, non pour des êtres abstraits, mais pour le peuple qu'elles doivent régir. Ainsi toutes

les lois sont faites à raison de l'état social, politique, moral, intellectuel de chaque pays. En ce sens, elles sont personnelles et doivent suivre la personne partout. La souveraineté territoriale est-elle intéressée à écarter les lois étrangères, et à imposer ses propres lois aux étrangers qui se trouvent sur son territoire ou qui y possèdent des biens? Non, s'il s'agit de droits privés, comme je le suppose. Le seul intérêt qu'ait le souverain, c'est que la justice soit bien distribuée dans ses Etats; or, elle serait mal distribuée s'il imposait aux étrangers des lois qui ne sont pas en harmonie avec leurs sentiments, leurs idées, leurs mœurs. Pour que la justice soit bien rendue, il faut que chacun soit jugé d'après les lois qui ont été portées pour lui, donc les étrangers par les lois étrangères.

370. Il en est autrement des lois qui sont de droit public, en ce sens qu'elles concernent l'existence et la conservation de la société. Les particuliers ne peuvent jamais invoquer leur intérêt contre l'intérêt général, ni leur droit contre le droit de l'Etat; la raison en est simple et péremptoire, c'est que les droits individuels n'ont de garantie que dans la société; pour que les hommes aient des droits efficaces, il faut avant tout que la société existe et se conserve. De là suit que jamais un étranger ne peut invoquer sa loi personnelle contre des lois de droit public; en ce sens, ces lois sont réelles.

L'application de ce principe soulève de sérieuses difficultés. Ici je me bornerai à donner un exemple sur lequel il ne peut y avoir de doute, puisqu'il s'appuie sur un texte du Code Napoléon. L'article 3 dit que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. Il en est ainsi alors même qu'une loi pénale serait en opposition avec le droit de l'étranger. Sa loi personnelle et sa religion lui permettent la polygamie; il ne pourra pas invoquer la liberté religieuse, ni la loi de son pays pour se soustraire à l'action de la loi française qui punit la polygamie comme un crime : le droit de l'Etat domine le droit de l'individu. Une société pourrait-elle exister si les étrangers pouvaient impunément commettre des délits? La conservation de la société est la loi

rême. En ce sens, il est vrai de dire que le salut public
iine les droits des individus, pourvu que, par salut
lic, on entende l'empire des lois qui sont de droit
lic : il ne faut pas que le prétendu salut public serve
ccuser ou à justifier la violation de la loi.

71. Il y a donc des lois réelles, en ce sens qu'elles
t souveraines quand l'intérêt de la souveraineté est en
se. Jadis on disait que toutes les lois ou coutumes
ent réelles, en tant que souveraines. Cette maxime,
a si longtemps régné dans notre science, tenait à l'idée
l'on se faisait de la souveraineté territoriale; on la
sidérait comme absolue dans les limites du territoire.
dix-huitième siècle déjà, Bouhier renversait la règle
litionnelle, en proclamant que, dans le doute, la loi de-
t être réputée personnelle. Il faut aller plus loin et dire
toute loi d'intérêt privé est personnelle de sa nature.
question est de savoir quels sont les droits respectifs de
société et de l'individu. Nos constitutions proclament
les nations sont souveraines, mais elles donnent aussi
individu des droits qu'elles déclarent inaliénables. Il y
onc deux souverainetés en présence, ayant chacune sa
ère d'action. Il faut concilier les deux principes, le
it de la société et le droit de l'individu. Sur quelle base
era la conciliation? Est-ce la société qui est le but?
st-ce l'individu? La société est le moyen; l'individu, le
; donc le droit de l'individu doit prévaloir, il ne cède
devant un droit supérieur, le droit qu'a la société de
onserver.

es principes reçoivent leur application à la question
statuts. Les lois sont l'expression de notre individua-
nationale; elles sont donc personnelles de leur nature;
lors elles doivent suivre la personne partout et dans
es ses relations d'intérêt privé. Le législateur n'a pas
térêt à imposer ses prescriptions à l'étranger; partant
st sans droit, c'est la loi personnelle de l'étranger qui
être appliquée. En définitive, les lois sont faites
r les hommes et non les hommes pour les lois. De
l droit le législateur territorial soumettrait-il les
ngers à des lois qu'ils ignorent, à des lois qui ne sont

pas faites par eux et pour eux, à des lois qui peuvent être en opposition avec leurs sentiments et leurs idées? La souveraineté ne doit intervenir que lorsqu'il y a un intérêt social à sauvegarder. Alors l'individu doit plier, parce que c'est à cette condition qu'il y a une société.

Cependant je ne voudrais pas dire que la personnalité est la règle et que la réalité est l'exception. Cela est vrai en un sens, c'est que tout se rapporte à l'individu et à son perfectionnement; mais cela n'est pas vrai en ce sens que la réalité doive être interprétée restrictivement, à titre d'exception. Les statutaires admettaient assez généralement que toutes coutumes étaient réelles, et ils en induisaient la conséquence que la personnalité était de stricte interprétation, de sorte que, dans le doute, il fallait s'en tenir à la maxime féodale de la réalité. Je ne voudrais pas renverser la proposition et dire que la réalité doit être restreinte et la personnalité étendue. Le droit de la société est certes aussi sacré que celui de l'individu; il faut assigner à chacun sa sphère d'action et la lui maintenir, sans faveur ni défaveur.

372. Cette appréciation de la réalité et de la personnalité des statuts nous permet de rendre justice aux deux écoles qui pendant des siècles ont lutté, l'une pour la personnalité, l'autre pour la réalité des statuts. Un auteur moderne, adversaire décidé de la réalité des statuts, dit qu'elle dérive du régime féodal; Mailher de Chassat l'appelle une disposition brutale, inintelligente, absurde. Cela est exagéré et faux; et tel ne doit pas être le langage de l'historien. Il y aurait de quoi désespérer de la raison et de la science s'il était vrai que les plus grands jurisconsultes, depuis les glossateurs jusqu'à Bouhier, se sont trompés fondamentalement sur une matière qui les a tous occupés. Non, l'erreur absolue est une chimère, et la vérité absolue n'existe pas non plus pour les hommes; pour mieux dire, ils avancent sans cesse dans la voie de la vérité, mais c'est à condition de répudier les erreurs qui s'y mêlent et qui l'altèrent. Quand on dit que les coutumes sont réelles, cela veut dire qu'elles sont souveraines, et que la souveraineté est exclusive tout ensemble et limi-

au territoire. Or, est-ce chose absurde de dire que la sance souveraine exclut toute autre puissance, et lle ne s'étend pas au delà du territoire de celui qui erce? Voilà la vérité qui se trouve dans la doctrine de éalité des statuts. L'erreur qui s'y est mêlée consiste s l'exagération de la personnalité et de la réalité.

73. L'idée de personnalité date des Barbares, qui sidéraient toutes les lois comme personnelles. C'est le ème de la personnalité exclusive qui nie la réalité, :-à-dire la souveraineté. Les Barbares n'avaient une idée de l'Etat ni de la puissance souveraine de la ils ne connaissaient que l'individu, qui était maître olu dans son domaine, l'alleutier n'étant tenu à rien ers l'Etat, qui n'existait pas. Chose singulière! La barie a été préconisée de nos jours comme un idéal : lemande que l'Etat, c'est-à-dire que la souveraineté ique et l'on veut même que l'Etat prépare son abdica-! Ce serait un moyen très simple d'éviter tout conflit e les lois, puisqu'il n'y aurait plus de lois. Voilà un ème que l'on peut qualifier d'absurde; c'est cependant tte solution que l'on aboutit si l'on écarte la réalité, n'est autre chose que l'action souveraine de la loi. Il y ans le principe de la personnalité un élément de té, c'est que les lois sont personnelles et que le déve-ement et le perfectionnement de l'individu sont le but notre destinée, par conséquent des individus et de la été. Mais à l'époque barbare, le principe a été exa-é et, par suite, faussé, puisque aucune part n'était faite dée de souveraineté, également essentielle, car, sans sance souveraine, il n'y a point d'Etat, pas de société, e n'est que dans l'état de société que l'individu peut se elopper et se perfectionner.

74. Le principe de la réalité des coutumes donne sfaction à l'idée de souveraineté, puisque la maxime itionnelle que les coutumes sont réelles veut dire lles sont souveraines. Mais elle exagère la puissance eraine, en la considérant comme territoriale et abso-en cela elle est fausse, puisqu'elle aboutit à nier la onnalité en l'absorbant dans l'Etat et dans la loi.

Comment se fait-il que cette erreur se soit produite au moyen âge, époque où domine la race germanique, race individuelle par excellence? Comment, de personnelles qu'elles étaient, les lois deviennent-elles réelles? On dirait deux esprits contraires, hostiles, se succédant l'un à l'autre chez les mêmes peuples; il n'en est rien, c'est encore le fier esprit du Barbare qui inspirait le seigneur féodal. Chaque baron était roi dans sa baronnie, comme, après la conquête, chaque propriétaire était seigneur et maître dans son alleu. Seulement, sous le régime féodal, tous les petits souverains étaient unis par un lien de dépendance, réel tout ensemble et personnel. Les Germains transportèrent à ces souverainetés locales leur idée de personnalité, en ce sens que chaque vassalité était une personne distincte, comme jadis chaque alleutier. Le lien qui unissait les petites sociétés féodales était très faible, de fait chacune formait comme un monde à part, n'ayant d'autre rapport avec ses voisins que la guerre. Ces sociétés étroites donnèrent naissance aux coutumes, également étroites, isolées et hostiles. De là, la réalité des coutumes.

Toutes les coutumes étant souveraines, chacune excluait l'influence d'une souveraineté étrangère. Cet esprit exclusif s'explique. C'était le premier germe de l'Etat; plus son action était restreinte, plus il y tenait, et moins il voulait souffrir une action quelconque d'un autre Etat. On tomba de l'excès de la personnalité dans l'excès de la réalité. La nature humaine explique ces exagérations. Quand un principe nouveau se fait jour, il veut tout envahir, parce que dans son étroitesse l'homme y voit la vérité absolue, et il faut cette domination exclusive pour qu'il jette racine dans les âmes. Voilà pourquoi la réalité des coutumes régna si longtemps dans notre science. Expression de la souveraineté, elle était jalouse du moindre empiétement d'une coutume étrangère. Il fallait que l'idée de l'Etat exerçât cet empire exclusif pour y habituer les hommes de race germanique, qui avaient tant de peine à plier leur esprit d'indépendance sous la loi générale de l'Etat.

La réalité féodale se comprend dans l'isolement et dans ignorance du moyen âge. Mais elle était fausse, aussi ien que la personnalité barbare. Celle-ci ne tenait aucun ompte de l'Etat et de ses droits, elle ne connaissait que individu, tandis que la réalité féodale faisait de l'homme accessoire du sol, et l'assujettissait à la souveraineté qui était attachée, à tel point que l'air rendait serf. A force 'exalter la personne, les Barbares détruisaient la société énérale, sans laquelle l'individu ne peut pas vivre. Et à orce d'assujettir l'homme à la terre, et de réaliser la souveraineté, la féodalité méconnaissait la personnalité umaine, dont la loi est l'expression. Il fallait une conception nouvelle qui accordât une place aux deux prinipes, également vrais, la personnalité et la souveraineté, n assignant à chacun sa sphère.

375. Dès que le droit devint une science, il réclama en aveur de la personnalité. C'est la gloire des glossateurs 'avoir distingué les statuts personnels et les statuts réels. a distinction était encore confuse, elle dépendait de instinct plutôt que de la raison. Ce qui entrava les légistes taliens, et après eux les statutaires, c'est la fausse idée u'ils se faisaient de la souveraineté. Les textes romains, u'ils révéraient comme la raison écrite, leur apprenaient ue la puissance souveraine était absolue; donc toute utume devait être réelle, à titre de souveraine. Comment ns cet ordre d'idées trouver une place pour la personlité? Heureusement le débat s'agitait, en Italie, entre s statutaires italiens, et en France entre des coutumes ançaises. La souveraineté des statuts et des coutumes était point la souveraineté de l'Etat, c'était la souveraité des vassalités féodales que les légistes considéraient mme odieuse; ils aidèrent à fonder la souveraineté yale, et à mesure que celle-ci s'étendait, la tradition dale perdait de son influence; elle ne resta vivace que ns les provinces qui avaient conservé un caractère rticulier et une certaine indépendance, telles que la ormandie, la Bretagne et les provinces belgiques. La upart des parlements, organes de la souveraineté yale, se prononcèrent pour la personnalité.

La personnalité avait conquis sa place dans le domaine du droit. Mais jusqu'où s'étend-elle? et quelle est la part qu'il faut faire à la réalité? Sur ce point, les statutaires ne parvinrent jamais à s'entendre, et toute entente était impossible puisqu'ils n'avaient pas une notion exacte de la souveraineté. La réaction contre la féodalité vint en aide au principe de la personnalité, et quand l'isolement féodal fit place au cosmopolitisme dans le domaine des idées et des faits, le triomphe de la personnalité était décidé. Toutefois la réalité conserva une autorité prédominante dans les pays où l'esprit féodal s'était maintenu. Nous allons la rencontrer chez les Anglo-Américains. C'est un préjugé en faveur de la réalité. La race anglo-saxonne se distingue par son esprit d'indépendance et de liberté; c'est le côté légitime de la réalité féodale; il faut lui donner satisfaction. Mais l'esprit de liberté a un écueil, c'est l'égoïsme individuel et national. Heureusement Dieu veille à ce que, à défaut de sentiments généreux, l'intérêt unisse les hommes et les peuples. L'intérêt fera ce que l'on demanderait en vain au nom de la justice et de la fraternité. Précisément parce que les Anglo-Américains tiennent à leur droit national, ils doivent respecter chez eux le droit de l'étranger : c'est le seul moyen de conserver aux Anglais et aux Américains leur droit au milieu des nations étrangères. Sous la main de Dieu, le juste et l'utile tendent au même but; les hommes finiront par se convaincre que ce qui est juste est aussi utile, et que rechercher la justice est le meilleur moyen de procurer leur intérêt.

CHAPITRE IV.

DOCTRINE DE L'INTÉRÊT.

§ I. *Les Anglo-Américains.*

376. Que l'homme ait un état, que cet état soit réglé par les lois du pays auquel il appartient, cela n'a jamais fait de doute. Mais s'il quitte le sol natal, et s'il réside en

s étranger, continuera-t-il à être régi par son statut ;onnel, en tout ce qui concerne son état, sa capacité son incapacité? D'après son statut personnel, il est eur jusqu'à l'âge de 25 ans; sera-t-il mineur s'il réside s un pays où la majorité est fixée à 21 ans? Et celui est majeur à 21 ans d'après sa loi personnelle seramineur là où la minorité dure jusqu'à 25 ans? Une ;onne est interdite pour cause de prodigalité; elle est ›pée d'incapacité juridique, elle ne peut plus exercer ın droit civil : sera-t-elle incapable dans un pays où erdiction n'est pas prononcée contre les prodigues? ın mot les statuts qui déterminent l'état de la personne ils effet hors du territoire? Sur cette question il y a divergence complète d'opinions entre les jurisconsultes :ontinent et les légistes anglo-américains (1).

ur quoi porte la divergence? M. Westlake répond : ant que le droit anglais restera ce qu'il est maintenant e qu'il a toujours été, il faut admettre comme principe s'il s'agit de faits juridiques qui ont leur siége en ;leterre, on doit écarter toute loi étrangère, non seuənt en ce qui concerne l'âge et la majorité de la perıe, mais généralement pour la détermination de l'état le la capacité, faite par une loi ou par un jugement. si le prodigue ne sera pas privé de l'exercice des ts civils, en Angleterre, en vertu du jugement étranqui aurait prononcé son interdiction. De même anger ne sera pas majeur ou mineur, capable ou incae d'après son statut personnel » (2). Quelle est donc la ₍ui régira l'état de la personne, et par suite, sa capaou son incapacité? La loi du lieu où le fait juridique ›rme, c'est-à-dire la loi américaine, s'il s'agit d'un fait s'est passé aux Etats-Unis. Story donne cet exemple. uteur administre la personne et les biens du pupille; u'où s'étend son pouvoir? Jusqu'aux limites de l'Etat a reçu son autorité; au delà il n'a aucun droit ni sur

Wharton, *A treatise on the conflict of laws, or private international* Philadelphia, 18.2), § 84, p. 81.
Westlake, *A treatise on private international law, or the conflict of* London, 1858), § 402, p. 384.

la personne ni sur les biens mobiliers du mineur; et il va sans dire qu'il ne peut administrer les immeubles situés ailleurs (1). C'est le principe du droit féodal : toute coutume est réelle.

377. Quelle est la raison de cette différence capitale qui existe entre le droit de l'Angleterre et le droit du continent? Un écrivain anglais dit que la *common law* était arrêtée et fixée à l'époque où la doctrine des statuts avait acquis son plein développement. Voilà pourquoi cette théorie, quoique connue en Angleterre, n'y exerça jamais aucune influence sur les coutumes; celles-ci restèrent ce qu'elles étaient au sortir du moyen âge et ce qu'elles étaient en France avant Dumoulin et d'Argentré (2). Est-ce bien là vraie raison du caractère particulier que présente le droit anglais? C'est un droit essentiellement coutumier. Or, peut-on dire de ce droit qu'il est arrêté et fixé à certaine époque? Il en fut ainsi en France après que les coutumes furent rédigées par écrit; c'étaient autant de codes locaux. Mais le droit commun de l'Angleterre ne fut jamais écrit ni codifié; il vivait donc, il se développait par la tradition, comme sur le continent, avant le seizième siècle. Les Anglais étaient initiés à la doctrine des glossateurs dans les universités d'Italie, qu'ils fréquentaient aussi bien que les Français, les Belges et les Allemands. La théorie des statuts se répandit sur tout le continent. Pourquoi resta-t-elle, sinon inconnue, du moins sans influence en Angleterre? Il faut en chercher la cause dans l'état social et politique, dont le droit et surtout le droit coutumier est toujours l'expression.

Au seizième siècle, on admettait comme un axiome, en France et en Belgique, que les coutumes étaient réelles; on entendait par là qu'elles étaient territoriales, souveraines dans un territoire, excluant toute autre coutume, et par conséquent ne dépassant pas le territoire où elles avaient pris naissance et où elles s'étaient développées.

(1) Story, *Commentaries on the conflict of laws*, § 499, p. 630 (7e édit., Boston, 1872).
(2) Westlake, *Private international law* § 149, p. 131.

:éalité tenait donc à la souveraineté des petits Etats
aux qui couvraient l'Europe au moyen âge, et il faut
ıter qne cette souveraineté avait les caractères parti-
ers de la féodalité; essentiellement territoriale, elle
sidérait l'homme comme l'accessoire du sol; c'est la
e qui, à vrai dire, était souveraine. C'est en ce sens
Bourgoingne disait, dans un pays resté féodal,
la terre attirait l'homme à elle, que l'homme en
t l'accessoire. Telle était aussi la situation de l'An-
erre. Le régime féodal y avait été transplanté systé-
iquement par la conquête normande; nulle part la
lalité n'avait de plus profondes racines, quoiqu'elle
des caractères particuliers, par la prédominance de la
auté; dans l'ordre social et dans le droit, elle régnait
maîtresse. Le régime féodal est un régime aristocra-
.e par excellence; l'Angleterre est restée aristocra-
.e jusqu'à nos jours. L'inégalité, si antipathique à la
ɜ française, règne encore en plein dans la Grande-
tagne, et elle y est acceptée par les mœurs; le droit
nesse, les substitutions que Napoléon déclarait immo-
ıs au conseil d'Etat, comme toute inégalité au sein de
famille, perpétuent toujours, chez les Anglais, les
ndes fortunes et les familles aristocratiques. La liberté
ne, si chère à la race anglo-saxonne, a des allures
ıtocratiques.

:outefois, hâtons-nous de le dire, l'aristocratie n'est
une question de race : des colons sortis de l'Angle-
:e ont fondé, dans l'Amérique du Nord, une république
ssante où la démocratie coule à pleins bords. Et le
it conserve, aux Etats-Unis, les caractères qu'il avait
ıs la mère-patrie. Ceci n'est pas en contradiction avec
que je viens de dire. Si le droit privé est resté aux
ıts-Unis ce qu'il est en Angleterre, cela tient à la
.stitution de la propriété et à la notion de la souverai-
é. La *common law* est un droit féodal, la propriété a
.servé l'empreinte de la féodalité, quoiqu'elle ait cessé
:re souveraine, et les colons anglais ont transporté aux
ıts-Unis la *common law* avec son caractère féodal.
ant à la souveraineté royale, elle a été implantée en

Angleterre en même temps que la féodalité; essentiellement territoriale, elle embrasse le sol et tout ce qui s'y trouve, hommes et choses. Le lien féodal suit l'Anglais même à l'étranger. On lit dans lord Coke que toute personne qui naît sur le sol anglais est soumise à l'*allégeance* du roi, et y reste soumise pendant toute sa vie. C'est une espèce de servitude inhérente à la personne et à laquelle elle ne peut se soustraire, même en émigrant, même en changeant de nationalité. Les millions d'Anglais et d'Irlandais qui émigraient aux Etats-Unis restaient sous l'allégeance du roi (1). Le droit d'émigration ne fut consacré que par des traités récents (2). Jusqu'en 1868, le lien féodal qui attache le vassal à son suzerain enchaînait le sujet anglais, comme jadis le serf était attaché à la glèbe.

Le caractère territorial de la souveraineté et l'esprit féodal de la *common law* expliquent la différence profonde qui sépare le droit anglais du droit continental. Les coutumes sont restées réelles, comme elles l'étaient au moyen âge. Ajoutez à cela l'influence qu'a dû d'exercer sur les mœurs l'isolement séculaire du droit, cette face si importante de la vie. Les Anglo-Américains ne comprennent point qu'un droit étranger vienne prendre la place de la *common law* et décider un procès qui s'agite chez eux; comment le comprendraient-ils, alors que jusqu'à nos jours les étrangers ne pouvaient pas être propriétaires d'un coin de terre? Cette existence séparée du reste du monde a développé l'individualité, mais aussi l'égoïsme; et l'esprit mercantile n'était point fait pour inspirer des sentiments plus généreux. De là la domination exclusive de la *common law* et l'exclusion de tout droit étranger.

378. L'opposition qui règne entre le droit anglo-américain et le droit continental est un obstacle qui, tant qu'il existera, empêchera d'établir un droit civil international entre les nations civilisées. Comment les Anglo-Améri-

(1) Westlake, *Private international law*, § 13, p. 11. Wharton, *Conflict of laws*, p. 2, note *a*.
(2) Wharton, *Conflict of laws*, § 123, *a*, p. 112. Lawrence, *Commentaire sur Wheaton*, t. III, p. 225-240.

cains reconnaîtraient-ils un droit international privé, alors qu'ils ne veulent admettre d'autre droit que leur *common law*? C'est nier l'existence d'un droit international; dès lors toute entente devient impossible. Quand le gouvernement des Pays-Bas proposa une conférence pour l'examen de la question si importante de l'exécution des jugements rendus par les tribunaux étrangers, l'Angleterre répondit par un refus catégorique. Si cet orgueilleux isolement devait se perpétuer, il faudrait renoncer à l'idée d'un droit qui serve de lien aux peuples dans le domaine des intérêts privés. Heureusement qu'il y a encore une force plus grande que l'égoïsme des individus et des nations. Dieu les a créés pour vivre en société, les individus ont obéi à cette loi et les nations ne pourront pas s'y soustraire; elles peuvent résister, mais la résistance est vaine; le mouvement est ralenti par l'opposition qu'il rencontre, mais le monde n'en avance pas moins vers l'accomplissement de sa destinée.

L'élément aristocratique va en s'affaiblissant. Aux Etats-Unis, il a fait place à la démocratie, et le mouvement est irrésistible. Déjà il envahit l'Angleterre; l'aristocratie anglaise, toujours puissante par sa position sociale, ne domine plus dans l'ordre politique; les bills de réforme qui se succèdent, s'ils n'ont pas détruit son influence, l'ont considérablement diminuée. Ce sera un obstacle de moins. La démocratie est cosmopolite; l'égalité qui règne au sein de la nation se répand au dehors. Par une heureuse nécessité, les Etats-Unis ont dû ouvrir leur immense territoire aux immigrants, et par suite la république a abandonné le principe de l'*allégeance* féodale. L'Angleterre y a également renoncé et en même temps a ouvert son sein à l'étranger en lui permettant d'acquérir des immeubles (1). Voilà l'isolement brisé : la souveraineté finira par cesser d'être territoriale et l'esprit féodal fera place à la fraternité humaine.

Ce nouvel ordre de choses aura une influence inévitable

(1) Wharton, *Conflict of laws*, § 123, *e*, p. 115 et 116. Demangeat, dans le *Journal du droit international privé*, t. I, p. 9.

sur le droit privé et notamment sur les principes du civil international. La réalité des lois tient à la nature particulière de la souveraineté féodale. Celle-ci est attachée au sol, c'est la terre qui est souveraine; l'homme est souverain, parce qu'il possède la terre. De là le caractère réel et exclusif des coutumes, expression d'une souveraineté réelle et exclusive. Du moment que la terre cesse d'être souveraine, la personne reprend, dans l'ordre social, la place et l'importance qui lui appartiennent; c'est elle qui est souveraine, en ce sens que c'est de ses droits qu'il s'agit, parce que ses droits sont un instrument de son perfectionnement, et telle est la destinée que Dieu a assignée à l'homme. Dans cet ordre d'idées, la souveraineté change de nature; ce n'est plus le droit égoïste du propriétaire, c'est une mission; si le souverain a des droits, c'est parce qu'il a des devoirs. Il ne peut donc plus être question pour la souveraineté d'absorber la personnalité humaine; elle doit, au contraire, lui laisser la plus entière liberté. Dieu a donné à l'homme la terre comme séjour, il a le droit de la parcourir et de se fixer où il veut; donc partout il doit jouir des droits qui lui sont nécessaires pour développer ses facultés et pour se perfectionner. Ces droits sont attachés à sa personne, il les porte avec lui, parce qu'il ne saurait vivre sans en jouir. En ce sens, les statuts sont essentiellement personnels (1).

Cela ne veut pas dire qu'il n'y ait point de statuts réels. Si la souveraineté a changé de nature, elle n'en subsiste pas moins. Que dis-je? Elle a grandi, car sa mission est bien plus élevée que celle que lui donnait le régime féodal. Au moyen âge, le souverain était un propriétaire égoïste qui ne voyait dans sa puissance qu'une source de profits pécuniaires : la justice était une source de revenus; l'aubain, le naufragé devenaient une occasion de lucre. Dans nos idées modernes, le souverain distribue la justice gratuitement, parce qu'il est l'organe des intérêts généraux de la société; il distribue encore l'instruction et

(1) Comparez les observations très judicieuses de Brocher, *Nouveau traité de droit international privé* (Genève, 1876), p. 50, nº 13.

l'éducation, ce pain de vie auquel la féodalité, dans son ignorance, n'avait pas même songé. La souveraineté protége tous les intérêts individuels, et elle sauvegarde les droits privés au lieu de les violer. En tant que la souveraineté est l'organe des droits sociaux, elle domine les droits individuels : voilà le vrai terrain de la réalité des lois. La loi est toujours souveraine comme elle l'était sous le régime féodal, mais sa souveraineté embrasse d'autres intérêts : elle laisse aux particuliers la liberté la plus complète pour le règlement de leurs intérêts privés, sans distinguer entre les indigènes et les étrangers; mais, dès que l'existence ou la conservation de la société sont en cause, l'Etat impose ses lois à tous ceux qui se trouvent sur son territoire, aux étrangers comme aux indigènes.

Voilà comment le droit s'est transformé à la suite de la révolution qui s'est faite dans l'idée de souveraineté. Dès que la souveraineté devient personnelle, le droit aussi devient personnel dans tout ce qui concerne les intérêts privés, tandis que les lois qui procèdent du droit public sont réelles et s'imposent à toute personne. Ces idées finiront par pénétrer dans le droit anglo-américain; elles sont en germe dans la notion nouvelle de la souveraineté, et le germe se développera, non sans résistance de la *common law*, il faut s'y attendre. En France, on réputait les coutumes réelles au seizième siècle, les légistes se contentaient de demander une petite place pour la personnalité; ce n'est qu'après une lutte de trois siècles que la personnalité l'emporta; encore la victoire ne fut-elle pas complète; mais dans la vie de l'humanité, les siècles sont des jours; les hommes, êtres d'un instant, s'impatientent du lent progrès des idées; il faut nous y résigner, puisque telle est la loi de la création; et faibles, imparfaites créatures que nous sommes, pourrions-nous supporter un progrès plus rapide? La résistance que rencontrent les idées nouvelles nous avertit qu'il y a toujours des retardataires; il faut leur laisser le temps d'arriver, et ils arriveront.

379. Les Anglo-Américains se récrieront contre cette appréciation de leur *common law*. Ils ont la prétention

d'être à la tête de la civilisation, et ils glorifient la *common law* comme la source et le fondement de leur liberté. Je me hâte de dire qu'ici il y a un malentendu ; la liberté tient au droit public, tandis que notre science, comme son nom même l'indique, est une dépendance du droit privé. Le congrès américain de 1774 revendiqua la liberté politique et civile comme le droit commun de tout Anglais (1). Cette liberté dérivait-elle de la *common law*? Les Américains réclamaient pour les colons le droit de participer au pouvoir législatif, le droit d'être jugé par ses pairs. Ce sont les bases de la constitution anglaise. Il est vrai qu'elles sont un droit coutumier, puisque en Angleterre, sauf quelques statuts ou bills, il n'y a pas de constitution écrite. Mais de ce que le droit public gît en coutumes il ne faut pas conclure que la *common law* soit le fondement de la liberté anglaise. Que l'on veuille bien nous dire quel rapport il y a entre la doctrine des statuts et la liberté politique. Un jurisconsulte américain dit que s'il devait choisir entre le droit anglais et le droit romain, il donnerait sans hésiter la préférence à la *common law* sur la science romaine (2). Kent a raison en ce sens que la liberté est le plus précieux des biens ; le droit privé lui-même, quelque parfait qu'il soit, n'est rien sans la garantie que le droit public donne à la propriété et à la liberté. Mais cela n'empêche point que les lois d'intérêt privé appartiennent à un autre domaine que les lois politiques. Il se peut donc qu'une nation soit libre et qu'elle ait néanmoins un droit privé très imparfait. Or, le droit anglo-américain est un droit imparfait par cela seul qu'il est coutumier. M. Brocher dit très bien que la législation est devenue, dans les temps modernes, l'élément progressif du droit. Les coutumes restent stationnaires, alors que l'état social change. C'est ce qui est arrivé en Angleterre et aux Etats-Unis pour la doctrine des statuts. Les lois y sont toujours réputées réelles, comme elles l'étaient au moyen âge ; cependant la société s'est trans-

(1) *Journal of Congress of october* 14, 1774.
(2) Kent, *Commentaries on American law*, t. I, p. 607, et la note *a* de l'éditeur Holms.

formée et la notion de la souveraineté n'est plus celle des barons féodaux. Faut-il demander aux légistes anglo-américains si l'homme est encore, au dix-neuvième siècle, l'accessoire de la terre; si la souveraineté consiste encore dans un droit absolu sur les personnes et les choses; si l'étranger est toujours sans droit? Et si les principes sur lesquels reposait la société féodale sont changés, le droit, qui est l'expression de l'état social, ne doit-il pas se modifier également?

380. En réalité, les sentiments et les idées des jurisconsultes anglo-américains ne sont plus ceux du moyen âge. Ouvrons les commentaires de Kent sur le droit américain, un ouvrage devenu populaire ; j'ai sous les yeux la douzième édition (Boston, 1873). Kent commence par une théorie du droit des gens. Il demande si le droit international est fondé sur des conventions et des usages, ou si c'est la loi de la nature appliquée aux nations considérées comme des êtres capables de droits et d'obligations. Kent répond que le droit des gens est sans doute un droit positif, mais que l'on aurait tort d'en exclure le droit naturel qui lui donne sa force et sa dignité, et par droit naturel il entend le droit qui découle de la nature de l'homme telle que Dieu l'a créée. Il y a donc un droit des gens naturel en vertu duquel chaque peuple est obligé d'observer, à l'égard des autres peuples, la justice, la bonne foi et la bienveillance. De même que les hommes sont destinés à vivre en société, de même les Etats forment une certaine communauté, et les relations entre les peuples ne diffèrent pas fondamentalement de celles qui existent entre les individus; il n'y a pas deux morales, deux justices, il n'y en a qu'une. La fin de l'homme et la fin des sociétés humaines est la même, c'est le bonheur, et le bonheur, c'est la perfection à laquelle il nous est permis d'atteindre; les Etats doivent être organisés en vue de ce but suprême. L'unité du but implique l'unité des efforts, donc une société entre les nations, unies par le droit et par le devoir (1).

(1) Kent, *Commentaries on American law*, t. I, p. 2-4 et 32, n° 32.

Voilà un autre langage que celui des légistes féodaux, une autre doctrine que celle qui résulte de la souveraineté territoriale et exclusive de chaque nation ; si on l'appliquait au droit civil international, on aboutirait à de tout autres principes que ceux que nous venons de formuler d'après un légiste anglo-américain. Ils sont encore enchaînés par la tradition, mais ils essayent de briser ces chaînes. En France aussi, il a fallu une lutte séculaire contre la réalité des statuts pour conquérir une place en faveur de la personnalité humaine, et la lutte n'est pas finie ; mais dès qu'elle s'ouvre, on peut être sûr de la victoire définitive. Signalons donc les réclamations qui se font dans la jurisprudence et dans la doctrine en faveur d'une théorie des relations internationales plus large que celle de la territorialité féodale.

Un juge anglais (1) dit que l'on ne pourrait admettre sans danger la force obligatoire de toutes les lois étrangères. Non certes, et je ne pense pas que personne l'ait jamais demandé, puisque tout le monde admet des statuts réels qui dominent les statuts personnels, alors que la souveraineté est réellement engagée dans le débat. Mais, continue Henry, quand il s'agit de lois qui se trouvent partout, parce qu'elles sont d'une indispensable nécessité, telles que les lois qui règlent la majorité, le mariage, l'interdiction, il serait de la plus haute utilité pour faciliter les relations internationales, de leur donner effet hors du territoire, afin que l'état des personnes fût identique partout. Le savant magistrat ne limite pas son observation aux statuts qui concernent l'état ou la capacité, il l'étend aux testaments et aux faillites, et il y a même raison de l'étendre à toutes les lois d'intérêt privé, sauf à exclure les lois étrangères quand il y a un intérêt social en cause.

M. Wharton fait une observation analogue à l'occasion du statut de l'interdiction pour cause de démence. Le pouvoir du tuteur est-il limité au territoire de l'Etat où il a

(1) Henry, president of the court of Demerara and Essequibo, *On foreign law*, dans Phillimore, *Commentaries on international law*, t. IV, *Private international law or comity*, p. 261.

été investi de son autorité? Au point de vue de la *common law*, la réponse n'est pas douteuse; la tutelle est territoriale, comme la loi en vertu de laquelle le tuteur est établi; j'ai cité la décision de Story en ce sens (n° 376). Le débat, dans l'espèce, fut porté devant la chambre des lords, et y donna lieu à une discussion solennelle. Les lords Brougham et Campbell se prononcèrent pour l'extension des statuts d'état personnel; l'opinion contraire fut soutenue par les lords Lyndhurst, Cottenham et Langdale; la tradition l'emporta. Mais le débat fut repris par la science et, sur ce terrain, les avis furent tout différents. Il y a une tendance croissante, dit Phillimore, à donner effet aux statuts d'état hors de leur territoire; la loi anglaise a un caractère trop provincial. Quelle est l'autorité qui est tout ensemble la plus intéressée et la plus compétente pour veiller aux intérêts d'un mineur? C'est celle du domicile du mineur. C'est là que se trouvent l'ordinaire ses biens, ainsi que le siége de tous ses intérêts; c'est dans son pays natal que l'on connaît le mieux les circonstances qui doivent influer sur l'administration de la personne et des biens du pupille, et c'est aussi sa patrie qui profitera de son aisance et de sa richesse. Est-ce qu'une loi étrangère peut avoir la prétention de mieux connaître les besoins du mineur, de mieux diriger son éducation, de mieux gérer ses intérêts? Si l'on demandait aux lords traditionnalistes quel intérêt la souveraineté anglaise a à imposer ses lois et son éducation à un mineur américain (1)?

§ II. *Le réalisme anglo-américain.*

381. Les légistes anglo-américains partent du principe que chaque nation a une souveraineté exclusive sur son territoire. Sans doute, mais reste à savoir ce que l'on entend par souveraineté. Story, sans discuter la question en théorie, répond que les lois de chaque Etat affectent et lient directement toute espèce de propriété qui

(1) Wharton, *Conflict of laws*, § 262 et 263, p. 245. Comparez Westlake, *Private international law*, art. 402, p. 384.

se trouve dans les limites de son territoire, et toutes les personnes qui y résident, qu'elles soient indigènes ou étrangères, ainsi que toutes espèces de contrats et d'actes qui y sont passés (1). C'est le principe du moyen âge : toutes coutumes sont réelles, c'est-à-dire souveraines. Les légistes anglo-américains ne se demandent pas si la souveraineté est illimitée de son essence, ni quelle est la mission de la puissance souveraine; la tradition leur fournit une maxime qu'ils acceptent comme si tout ce qui est traditionnel était l'expression de la vérité. La souveraineté donne le *pouvoir* de tout faire. Soit. Mais le souverain a-t-il le *droit* de faire tout ce qu'il veut et tout ce qu'il *peut?* Telle est la vraie question. Il a pouvoir sur toutes choses qui se trouvent sur son territoire. Les barons féodaux en concluaient que les biens des naufragés devenaient leur propriété. Est-ce aussi là l'avis de Story? Le souverain a pouvoir sur la personne de l'étranger aussi bien que sur la personne de l'indigène. Au moyen âge, les seigneurs asservissaient les étrangers, parce qu'ils en avaient le pouvoir : l'air rendait serf. Est-ce que Story est aussi d'avis que l'on a le *droit* d'asservir l'étranger, parce qu'on en a le *pouvoir?* Le souverain a pouvoir sur les contrats et les actes. Les réalistes en induisaient cette conséquence que les futurs époux sont assujettis à la coutume locale en ce qui concerne leur régime. Je demande encore une fois si le *pouvoir* de la coutume lui donne un *droit* sur la volonté de l'homme dans une matière qui dépend entièrement de sa volonté! Que devient alors la liberté que la *common law* garantit avec tant de sollicitude?

A toutes ces questions, la science du continent répond : Non, le souverain n'a pas le droit de faire tout ce qu'il veut et tout ce qu'il peut. La souveraineté n'est plus, comme elle l'était au moyen âge, le pouvoir et, au besoin, le caprice du propriétaire qui peut user et abuser de sa chose. Sa mission est plus élevée. Elle n'a rien de commun avec les choses, sauf en tant qu'elles sont l'acces-

(1) Story, *Conflict of laws*, § 18, p. 19.

e la personne, et dans les limites du droit qu'elle a
personnes. La souveraineté s'adresse aux per-
, mais lesquelles? C'est la nation qui est souve-
et elle a le droit de commander à ceux qui sont
es de la nation; quant aux étrangers, elle n'a de
ır eux qu'autant que sa mission l'exige. Or, elle
rgée de veiller aux intérêts sociaux; c'est à ce
'elle commande aux citoyens et c'est aussi à ce
'elle commande aux étrangers. Quant aux intérêts
elle les règle en ce qui concerne l'ordre public et
nes mœurs; si elle s'occupe des conventions, c'est
nent pour prévoir ce que les parties veulent en
ssant pleine liberté de vouloir autre chose. Son
ır les étrangers est plus limité encore; ceux-ci ont
oit, ils l'apportent avec eux. Quel intérêt le souve-
rait-il de les soumettre à son droit? Il n'a ni inté-
le faire, ni même capacité, puisque le droit de
er est déterminé par les circonstances physiques,
, politiques de chaque pays; le droit du souve-
ritorial ne prend naissance que lorsqu'il y a un
social en cause. Or, que lui importent l'état de
er et ses intérêts? La meilleure protection qu'il
ui accorder, c'est de lui laisser la jouissance de
it national. En ce qui concerne les conventions,
té est le droit commun de toute personne, et où
érêt du souverain de restreindre la liberté par la
rritoire?

. Story établit un second principe. Aucun Etat ne
ar ses lois, affecter ou lier les biens situés hors de
ritoire, ni obliger les personnes qui n'y résident
as plus ses sujets naturels que les étrangers. C'est
séquence naturelle du premier principe. Si les lois
ation pouvaient s'étendre hors de son territoire,
les biens, soit sur les personnes, la souveraineté
tion où se trouvent ces biens ou ces personnes ne
lus entière; il y aurait, dans un seul et même ter-
deux puissances souveraines, et le vrai souverain,
territoire, serait limité dans sa puissance par un
in étranger qui n'a pas le droit d'y commander.

Story, il est l'organe de la jurisprudence ang
les juges, en Angleterre comme aux Etats-U
jamais les procès internationaux par le s
ou national des parties qui appartiendraie
étrangère, ils appliquent toujours et exclu
anglaise (2). C'est dire qu'ils ne reconnaiss
tut personnel, en ce sens que les plus pers
tuts, ceux qui concernent l'état et la ca
sonnes, n'ont aucun effet hors du territoi
les statuts réels. C'est le réalisme le plus
a été enseigné par les deux Voet et par H

Si souveraineté veut dire pouvoir, les
américains ont raison; il est certain que
coaction de chaque Etat s'arrête aux limit
toire, comme elle s'étend sur tout le te
dans nos idées modernes, souveraineté
sion et obligation; la puissance souvera
société et maintient l'ordre social; d'a
dirige et elle protége, et elle doit cette p
ceux qui se trouvent sur son territoire,
comme aux indigènes. Comment le souv
cette obligation quand il s'agit de l'état e
des personnes? L'état dépend de causes
siques, intellectuelles, morales, politiques
stances qui varient d'une nation à l'autr
législateur qui a mission et qualité pour d
mineur est arrivé à l'âge où il peut lui-mê
intérêts et gouverner sa personne? C'est
souverain de la nation à laquelle apparti

ıgt et un ans, va résider dans un pays où il a des et où l'on est majeur à cet âge. Pourra-t-il y dispo- ə ses biens en vertu de la loi territoriale? Non, ›s le droit général du continent; oui, d'après les tes anglo-américains. Voyons de quel côté est la ı ou l'absurdité.

législateur territorial a-t-il, dans l'espèce, mission ılité de fixer l'âge auquel l'étranger est majeur? car il ignore les causes multiples qui influent sur la ›n de la majorité. Cependant il le fait dans le sys- anglo-américain en soumettant l'étranger à la loi ›git l'indigène, sans tenir compte des différences ıales qui les séparent et les distinguent. Première dité. Le souverain territorial doit sa protection au ır étranger : en cela consiste sa puissance. Com- remplit-il ce devoir? En permettant à une personne. ·ée incapable par le législateur compétent, le droit .sposer de ses biens et, partant, de se ruiner. ıème absurdité. Il y en a une troisième qui a été lée par tous ceux qui admettent un statut personnel. s'écrie Rodenburg, la même personne sera, au ı instant, majeure et mineure, capable et incapable, ə fera au même moment un acte nul en aliénant un uble situé dans son pays natal, et un acte valable en sant d'un immeuble situé à l'étranger!

ɜ réalistes anglo-américains rétorquent le repro- 'absurdité. Reste à savoir qui a raison. La loi per- lle, dit-on, en dépassant le territoire, donne, au rain qui l'a portée, la puissance souveraine dans un ɔù il n'a pas le droit de commander, et par suite la ıraineté de l'Etat où l'on applique cette loi sera brisée, ıra autant de souverains commandant simultanément un Etat qu'il s'y trouvera d'étrangers. Cette critique .fondée si la souveraineté était encore au dix-neuvième ce qu'elle était au douzième. Elle était territoriale l Guillaume le Conquérant envahit l'Angleterre et qu'il ›pria, en vertu de sa puissance souveraine, les pro- ıires anglo-saxons. Elle est devenue personnelle et ıite elle a changé de nature. Ce n'est plus le droit

égoïste, exclusif, absolu du propriétaire, c'est une mission, un devoir qui consiste à conserver, à diriger, à protéger. Dans cet ordre d'idées, le reproche des réalistes se tourne contre eux. Le souverain qui impose sa loi à l'étranger, dont il prétend régler l'état, est sans droit, parce qu'il est sans qualité, et il manque à son devoir en abandonnant aux égarements du jeune âge le mineur qu'il devrait protéger. Il ferait, au contraire, acte de vraie souveraineté en maintenant le statut personnel de tous les étrangers qui se trouvent sur son territoire, parce que, en agissant ainsi, il remplirait le devoir de protection qui lui incombe; sans doute, il ne peut pas être forcé à le faire, la loi étrangère n'a pas de pouvoir coercitif sur son territoire. Mais qu'importe? Nous discutons, pour le moment, une question de théorie. Dès le début de ces Etudes, j'ai avoué que la théorie est impuissante, qu'il lui faut l'appui des traités pour que ses enseignements deviennent des principes de droit, munis de la force obligatoire. Il suffit à mon but d'établir que logiquement les statuts personnels doivent s'étendre hors du territoire, et qu'ils peuvent recevoir cette extension sans qu'il soit porté atteinte à la souveraineté de l'Etat étranger où on les applique. Ce qui a trompé les réalistes anglo-américains, c'est qu'ils ont vu une question de souveraineté là où, en réalité, il s'agit d'un débat de nationalité. Toutes les lois sont nationales, en ce sens qu'elles sont l'expression du génie de chaque nation; donc l'individu doit être régi par les lois de sa nation, son individualité et sa nationalité se confondant. Est-ce que l'individu change de nature en passant la frontière? Il conserve sa nationalité et par conséquent le droit qui en est l'expression.

383. Chose singulière! Les Anglo-Américains nient que le statut personnel ait effet hors de son territoire, et personne n'a poussé aussi loin qu'eux la force du lien qui attache l'individu au sol natal. Ils donnent le nom d'*allégeance* à ce lien. C'est un terme féodal qui marque l'origine et le caractère du devoir que la naissance sur le sol anglais impose à l'homme-lige. Il n'y a plus de féodalité, plus de suzerains, plus de vassaux; néanmoins la puis-

ice de l'esprit féodal est telle, que jusqu'à nos jours le
a qui attache l'Anglais à son souverain était indisso-
le. Vainement il quittait l'Angleterre et résidait toute
vie à l'étranger, sans aucun esprit de retour; vaine-
nt il se faisait naturaliser et devenait sujet d'un
re Etat; le citoyen ne pouvait rompre le lien d'allé-
ance, il restait Anglais, et s'il plaisait au souve-
n de le rappeler dans sa patrie d'origine, en temps de
erre, il devait obéir sous peine de haute trahison (1).
Amérique, il n'y a point de roi, et la féodalité n'y a
nais régné, toutefois les légistes ont dû admettre le lien
llégeance. On objectait en vain, au nom de la raison et
l'histoire, que le lien féodal violait la liberté qui per-
t à l'homme d'abdiquer sa patrie et de changer de
ionalité. Rien n'est plus vrai; mais le respect de la
nmon law l'emportait (2). Heureusement que l'intérêt
éricain était d'accord avec la raison; la population des
ats-Unis est formée d'immigrants, et chaque année
ive un nouveau flot; comment, dans un pareil état de
ses, le législateur américain aurait-il maintenu la
trine de l'allégeance? S'il l'avait appliquée aux émi-
nts (en supposant qu'il y en ait), il aurait dû l'étendre
: immigrants; il en serait résulté que l'immense majo-
de la population aurait été tenue par un lien perpétuel
ers des souverains étrangers. Les Etats-Unis et l'An-
terre s'entendirent pour mettre fin à une pareille
malie (n° 363). Mais ces conventions ne datent que de
58.

l y a cependant dans la doctrine de l'allégeance un
ncipe d'une vérité éternelle, c'est que l'homme emporte
tout le lien qui l'attache à la nation au sein de laquelle
st né. Les nations sont de Dieu, et l'homme peut-il
aire l'œuvre du Créateur? Sans doute, la liberté, que
mme tient aussi de Dieu, lui permet d'abdiquer sa
rie d'origine pour adopter une patrie nouvelle. Mais
option est une fiction, la patrie adoptive, aussi bien

Story, *Conflict of laws*, § 21, p. 21.
Kent, *American law*, t. II, p. 53-62 (part. IV, lecture XXV).

que la famille adoptive. En ce sens, on peut dire avec les légistes anglo-américains que le lien de nationalité est indissoluble. N'en faut-il pas tirer la conséquence que le droit aussi est attaché à l'homme, et qu'il ne saurait par conséquent ni y renoncer ni en être dépouillé? Le droit est une des faces les plus importantes de la vie nationale; c'est l'expression de notre nationalité; si la nationalité est indélébile, le droit l'est aussi. Nous ne changeons pas de race ni de nationalité en allant d'un pays dans un autre; notre nationalité reste la même, et logiquement notre droit doit aussi rester le même, car il est inséparable de notre individualité. Cela conduit à une doctrine toute contraire à celle des réalistes anglo-américains. Ils sont toujours attachés à la tradition féodale. C'est immobiliser la vie essentiellement changeante et progressive. L'allégeance féodale doit se transformer et devenir le lien qui attache l'homme à sa nation et, avec sa personne, tous les droits qui lui appartiennent. Cette transformation de l'allégeance donne satisfaction au caractère profondément individuel de la race anglo-américaine. C'est un premier pas dans une voie nouvelle. Le chêne féodal est attaqué dans sa racine; il finira par tomber.

384. J'arrive aux conséquences qui découlent de la doctrine anglo-américaine. Aucun statut n'ayant de force hors du territoire, en faut-il conclure que jamais le juge ne pourra appliquer une loi étrangère, même en ce qui concerne l'état et la capacité de la personne? La souveraineté, telle que les réalistes l'entendent, va jusque-là; c'est le pouvoir absolu du propriétaire, il en use comme il veut, au besoin il en abuse, c'est son affaire, personne n'a le droit de s'en plaindre. Il en est de même du souverain; il peut, s'il le veut, user de son droit *mordicus*: c'est l'expression de J. Voet (n° 315), et tel est aussi l'avis de Story. Le souverain de chaque pays peut écarter absolument tout statut étranger, si tel est son bon plaisir, et contre cette défense il n'y a aucun recours; le juge doit obéissance à la loi. Le souverain peut aussi permettre l'application du statut étranger, en tout ou en

partie, sous telles conditions qu'il veut déterminer. Tout, en cette matière, dépend de sa volonté (1) : c'est le *Hoc volo, sic jubeo,* de Juvénal, *sit pro ratione voluntas!*

Au point de vue de la souveraineté absolue, il n'y a rien à répondre. Quand Louis XIV entrait au parlement, le fouet à la main, et ordonnait l'enregistrement d'un édit, au nom de son bon plaisir, le parlement devait plier sous la force; mais qui oserait dire que ce pouvoir-là est un droit? Et si le pouvoir absolu, dans le domaine politique, est un abus de la force, n'en est-il pas de même quand il s'agit du droit privé? En réalité, le droit public et le droit privé, en cette matière, se confondent, puisque notre science a pour objet des relations internationales entre particuliers. Si la souveraineté est territoriale, dit Savigny (2), et si la puissance souveraine est absolue, l'étranger sera à la merci du pouvoir arbitraire d'un souverain qui peut tout ce qu'il veut; c'est-à-dire qu'il est sans droit. C'est ce que va nous apprendre la *common law*, si chère aux Anglo-Américains.

385. En France, l'étranger vivait libre et il mourait serf. Il jouissait de ce que l'on appelle les droits naturels, mais il était exclu de la jouissance des droits civils. De là le droit d'aubaine, que Montesquieu a flétri. La *common law* était tout aussi barbare. Il était de principe que l'étranger ne pouvait être propriétaire d'un immeuble en vertu d'un titre légal. Donc il ne pouvait hériter. Ses biens, s'il en possédait, appartenaient au souverain féodal, maître et seigneur de tout le territoire. Les légistes anglais poussèrent ce principe jusque dans ses conséquences les plus iniques. Lord Coke suppose l'espèce suivante. Un étranger vient en Angleterre et y a deux fils, nés sur le territoire; ils sont sujets du roi, d'après la *common law*. L'un d'eux achète des immeubles et meurt sans enfants; son frère y succédera-t-il comme héritier? Non, car il tient son droit héréditaire de son père, puisqu'il est parent de son frère par son père; or, celui-ci n'a pas de sang héritable, il ne peut donc devenir la source d'aucun

(1) Story. *Conflict of laws*, § 23, p. 23.
(2) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, § 348, p. 25.

droit légal. La décision est logique, mais elle parut dure à la cour devant laquelle le cas se présenta; la majorité se prononça en faveur du frère. C'était une inconséquence. Dans une autre espèce, la rigueur du droit l'emporta, de l'avis unanime des docteurs. Un petit-fils ne peut pas hériter de son grand'père, quoique tous deux soient sujets du roi, si l'on suppose que le fils intermédiaire fût un étranger. Cela n'était point douteux, puisque le petit-fils ne peut arriver à la succession de son aïeul que par l'intermédiaire de son père, or celui-ci n'a pas de sang héritable. La distinction entre les deux espèces, dit Kent, est subtile; disons mieux, elle est illogique. Coke, imbu de l'esprit du vieux droit, avait raison (1).

On ne voit pas qu'il fût interdit aux étrangers, en France, d'occuper une maison à titre temporaire. La *common law* était plus logique. On ne peut tenir une maison, à un titre quelconque, que du roi; or, un étranger n'est pas sujet du roi, donc le contrat n'a pas d'effet à l'égard du souverain. Lord Coke n'admet qu'une exception en faveur des marchands étrangers, disons mieux, dans l'intérêt du commerce anglais : il leur est permis de prendre un immeuble à bail, pourvu que ce soit une maison; ce droit est purement personnel à l'occupant; s'il meurt avant l'expiration de son terme, ses héritiers ne lui succèdent pas, c'est le roi qui profite du contrat. Ici Kent ne se contient plus, malgré son admiration pour la *common law;* il la trouve tellement inhospitalière, qu'il doute que tel soit le sens de la loi. Un étranger peut devenir Anglais, après cinq ans de résidence, il faut donc qu'il puisse résider, et on lui refuserait d'habiter une maison à lui! Cela est très bien raisonné au point de vue d'une saine politique et des relations internationales; mais le vieux lord Coke ne pouvait-il pas demander aux nouveaux interprètes de la *common law* où ils puisent le droit de l'étranger de transmettre à ses héritiers une tenure quelconque, fût-elle temporaire (2)? C'est du droit féodal, en plein dix-neuvième siècle. En 1844, un membre du par-

(1) Kent, *American law*, t. II, p. 65-68.
(2) Kent, *American law*, t. II, p. 73 et 74.

ment proposa de donner aux étrangers le droit de pro-
·iété. L'innovation parut trop radicale, on se contenta
leur permettre de prendre des immeubles à bail. Un
risconsulte italien dit que cette politique ombrageuse à
·gard des étrangers n'a plus de raison d'être dans nos
·ciétés modernes (1); cela est si évident, que l'on s'étonne
le l'incapacité des étrangers ait duré jusqu'en 1870 (2).
qui achève de démontrer l'absurdité de la *common law*,
est qu'elle permettait aux étrangers d'acquérir et de trans-
ettre des propriétés mobilières; ils étaient à cet égard
similés aux Anglais (3). Où est la différence, en droit,
ntre la propriété d'une chose mobilière et la propriété
une chose immobilière? Et si l'on considère l'intérêt,
urquoi défend-on à l'étranger d'être propriétaire d'un
in de terre qui vaut cent francs, tandis qu'il peut pos-
der des millions en valeurs mobilières? C'est encore
le anomalie qui tient à l'immobilité du droit coutumier.
common law date du moyen âge, où l'on ne connais-
it que la propriété immobilière, tandis qu'on considérait
mme chose vile la possession des meubles, la richesse
obilière étant encore inconnue.

386. Sur le continent, le droit de naufrage était aboli
s le treizième siècle (n° 190). Grâce à l'immobilité de la
nmon law, la couronne le revendiqua encore à la fin du
cle dernier. Il importe de s'arrêter sur cette barbarie du
oit coutumier, afin que nos lecteurs apprennent ce que
st que la *common law*, que les Anglais confondent volon-
rs avec la liberté anglaise. Blackstone dit que les biens
s naufragés appartiennent au roi et qu'on ne permet
s au propriétaire de les revendiquer. Le célèbre légiste
oue qu'en ce point la *common law* était en opposition
ec la raison et l'humanité. Un statut porté sous
louard I[er] voulut corriger cette barbarie, mais il s'y prit
ıne singulière façon. Si un homme, un chien ou un chat
happait au naufrage, le propriétaire des biens naufragés

1) Fiore, *Droit international privé*, ch II, p. 30, de la traduction et
e du traducteur.

2) Voyez plus haut, p. 24, n° 8, et le t. II de ces Etudes.

3) Kent, *American law*, t. II, p. 74.

pouvait les réclamer pendant un an et jour. On supposait sans doute que, dans ce cas, le droit du propriétaire se manifestait avec évidence. Cela n'avait pas le sens commun; néanmoins, le statut resta en vigueur; Blackstone ne songeait pas même à donner une autre interprétation au statut du chien ou du chat vivants. En 1771, le cas se présenta. Deux avocats célèbres soutinrent le droit de la couronne, attendu qu'il n'était échappé au naufrage, ni homme, ni chien, ni chat; l'un devint pair d'Angleterre, sous le nom de lord Ashburton, l'autre occupa les hautes fonctions de *lord chief justice of the king's bench*. Heureusement que le débat fut porté devant un juge qui avait plus de respect pour le bon sens que pour la *common law*. Lord Mansfield fut d'avis que le statut ne disait pas que les biens naufragés appartenaient au roi, par cela seul qu'il ne s'échappait du vaisseau, ni homme, ni chien, ni chat vivants; que cette circonstance ne devait être considérée que comme un indice du droit de propriété; que le roi n'avait droit aux choses naufragées que dans le cas où le vrai propriétaire était dans l'impossibilité de prouver sa propriété; que cette preuve devait par conséquent être toujours admise. Kent admire la sagacité du magistrat qui se tira avec tant d'esprit d'un si mauvais pas (1). J'y applaudis volontiers, mais je doute que tel fût le sens du statut : lord Mansfield mettait de la raison là où il n'y avait que de la déraison. Il me semble que si Blackstone avait vécu, il aurait dit que cela s'appelle un argument tiré par les cheveux, comme on dit vulgairement. Le statut du chien et du chat vivants subsiste-t-il encore? Cela est probable; seulement, grâce au précédent de lord Mansfield, on permet au naufragé de prouver sa propriété, ce qui fait tomber le droit de la couronne.

387. Telles sont les conséquences du réalisme anglo-américain; elles ne témoignent pas en faveur du principe. « L'essence de la souveraineté, dit un publiciste anglais, est d'être *légalement toute-puissante* au dedans de son propre territoire, et d'être aussi *légalement* im-

(1) Kent, *American law*, t. II, p. 415-417.

puissante au dedans du territoire d'un autre Etat (1) ». S'il s'était trouvé un publiciste au douzième siècle, il n'aurait pas donné une autre définition du droit que les barons féodaux exerçaient dans leurs baronnies. Les Allemands lui ont donné le nom qui lui convient, ils l'appellent *droit du poing* (*faustrecht*) : mon droit est dans la force de mon bras. Et comme chacun a ce droit-là, la société devient la guerre de tous contre tous; c'est l'idéal de Hobbes : *Homo homini lupus*. La définition de la souveraineté est du dix-neuvième siècle, et elle nous ramène à la féodalité. Pour compléter l'état social du moyen âge, il faut encore ajouter l'isolement des petits Etats féodaux. La définition le suppose, car la souveraineté absolue et exclusive des statuts dans leur territoire ne se conçoit que dans l'isolement hostile du moyen âge. Les réalistes disent : « Statuta suo *clauduntur* territorio (2). » L'expression est significative. Chaque territoire devient une prison, ou un Etat, comme la Chine, entouré d'un mur qui le sépare du reste du monde. C'est l'égoïsme du propriétaire allodial transporté aux petits Etats féodaux : *renfermés* dans leur territoire, ils ne se soucient pas des autres Etats, on pourrait dire qu'ils les ignorent; la guerre même, qui est leur seul lien, n'existant qu'entre voisins. Quant à des liens intellectuels et moraux, il n'en peut être question; c'est à peine s'il y a quelques rares relations de commerce; encore l'idéal serait, comme en Chine, d'écarter tout étranger; il a fallu le canon européen pour ouvrir l'empire du Milieu aux relations commerciales.

Il va sans dire que les réalistes anglo-américains ne vont pas jusque-là, mais leurs principes conduisent à ces excès d'un égoïsme aussi inintelligent que brutal. La nécessité ou au moins l'utilité a établi des rapports internationaux et par suite un conflit de lois contraires; dans un pareil état de choses, il faut des concessions réciproques; on donne effet hors du territoire à certains statuts et dans certaines limites. Quel est le fondement de ces concessions? La question est capitale; selon la solution

(1) Sir Cornwall Lewis, *On foreign jurisdiction*, p. 1.
(2) Story cite cet adage comme un axiome (*Conflict of laws*, § 22, p. 22).

qu'elle reçoit, il y aura un droit international privé, ou il n'y en aura point. Eh bien, les Anglo-Américains sont à peu près unanimes à répondre que la courtoisie (*comity*) est le seul motif pour lequel les nations permettent que des lois étrangères reçoivent leur application dans leur territoire. Ils entendent par là l'intérêt que chaque Etat a de consentir à cette application. Par-ci, par-là, il se trouve un légiste qui soutient que la courtoisie ne suffit point pour y fonder un système de droit international; que l'idée de droit implique l'idée d'obligation, qu'il ne saurait donc y avoir un droit pour un Etat, sans qu'il y ait pour les autres une obligation de le respecter. Story combat vivement cette opinion. Il ne saurait être question d'un droit d'une nation contre l'autre, puisque les nations sont souveraines et indépendantes, ce qui exclut toute obligation juridique, celle-ci étant de son essence munie d'une exécution forcée. L'obligation que l'on invoque serait donc tout au plus un devoir moral, tel que l'humanité, la charité, devoirs que l'on appelle imparfaits, parce qu'ils ne sont pas susceptibles d'une exécution forcée; aussi appartiennent-ils, non au droit, mais à la morale (1). Ici nous arrêtons le légiste américain. Il n'est pas exact de dire qu'il ne peut exister entre les peuples de droits et d'obligations parfaits. En théorie, il n'y a aucune différence entre les nations et les individus; les nations peuvent s'obliger, et ces obligations, par leur nature, sont juridiques, et l'on peut concevoir une organisation de l'humanité qui permette de leur donner une exécution forcée; tandis que les devoirs moraux ne peuvent pas être exécutés par la force sans changer de nature : la charité n'est plus une charité dès que la force intervient pour contraindre l'homme à être charitable; ces devoirs sont du domaine de la conscience et essentiellement volontaires. Il n'en est pas de même de l'obligation qui incombe à une nation de permettre sur son territoire l'application des lois étrangères : cette obligation peut faire l'objet d'un traité, et

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 29, § 33.

dira-t-on que les traités ne créent que des devoirs moraux?

Il est certain que, dans la doctrine anglo-américaine, il n'existe aucun lien de droit entre les nations; que dis-je? il n'y a pas même de devoir moral. Story n'admet d'autre fondement au droit civil international que la courtoisie (*comity*, *comitas* ou *courtesy*), et il établit comme principe que chaque nation est juge suprême, non seulement de la nature et de l'étendue de cette convenance, mais encore des circonstances dans lesquelles l'accomplissement en peut être exigé. Cela exclut même le devoir moral, car les moralistes ne disent certainement pas qu'il dépend de chaque homme de décider s'il est tenu de remplir ses devoirs, et quand il en est tenu. Dans la doctrine anglo-américaine, il ne faut plus parler de devoir, ni de droit, pas même moral. La *comity* n'est en réalité que l'intérêt; j'y reviendrai, et il me sera facile de le prouver.

388. Je dois répondre avant tout aux objections que fait Story contre l'idée d'une obligation juridique qui incomberait à chaque nation de souffrir sur son territoire l'application des lois étrangères. Il suppose que ces lois sont oppressives, c'est-à-dire qu'elles portent atteinte aux droits des indigènes de l'Etat sur le territoire duquel on en demande l'application; ou elles lèsent leurs intérêts, ou le caractère moral de ces lois est douteux, ou enfin les dispositions des lois étrangères sont impolitiques et injustes. Dira-t-on que l'Etat qui a porté ces lois a le droit de contraindre tous les autres à les recevoir ou du moins à en permettre l'application et, partant, l'exécution forcée sur son territoire?

Il y a dans cette objection une singulière confusion d'idées. D'abord le légiste américain confond l'intérêt et le droit. Le juge appelé à appliquer une loi n'a pas à s'enquérir de l'intérêt des parties plaidantes, il statue sur le droit et ne connaît que la loi. C'est le législateur qui doit prendre en considération les intérêts des citoyens, parce qu'il est appelé à les sauvegarder. Si donc l'application des lois étrangères était de nature à compromettre les intérêts nationaux, il y aurait lieu, entre les Etats intéressés, à négocier et à concilier les intérêts opposés. Dans

ces négociations, on devrait tenir compte de ce que veut la justice avant tout, car lorsque la justice parle, l'intérêt doit se taire ; c'est la justice qui doit régner entre les individus et entre les nations, ce n'est pas l'intérêt, en ce sens au moins que l'intérêt est toujours subordonné à la justice.

Laissons l'intérêt de côté et parlons droit. Si le droit de la nation sur le territoire de laquelle on se prévaut d'une loi étrangère était violé par l'application de cette loi, certainement l'étranger n'aurait pas le droit de l'exiger. Ceci est élémentaire. Entre individus, le droit de l'un restreint le droit de l'autre, et personne ne peut user de son droit de manière à porter atteinte aux droits d'autrui. Il en est de même entre les nations. A plus forte raison en est-il ainsi si l'on suppose que les lois étrangères sont injustes ou immorales. Je dis qu'il y a ici une confusion d'idées. En effet, l'objection de Story implique que dans la doctrine qui admet l'application des lois étrangères à titre de droit, on doit permettre l'application de toutes ces lois, sans exception aucune. Personne n'a jamais soutenu une pareille énormité. J'ai dit et répété qu'il ne s'agissait que des lois d'intérêt privé ; dès que le droit public est en cause, l'Etat a intérêt et droit à ce qu'on n'applique pas sur son territoire des lois étrangères qui compromettraient son existence ou la conservation de l'ordre social et moral : il ne peut donc être question de contraindre un Etat à souffrir l'application de lois étrangères qui seraient immorales ou injustes. Story ajoute : ou *impolitiques* : le mot est vague ; si l'on entend par là des lois qui sont contraires au droit public de l'Etat, on rentre dans l'ordre d'idées que je viens de signaler (1). J'emprunte des exemples à Story, afin de préciser sa pensée et la mienne.

389. Story combat la doctrine qui admet l'application absolue, dans tous les pays, des lois qui concernent l'état et la capacité des personnes. C'est combattre un fantôme, car cette doctrine n'a jamais été professée. Dès qu'il y a un intérêt social en cause, la loi étrangère doit être

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 117, § 94.

écartée ; c'est ce que disent les Italiens, bien qu'ils soient partisans décidés de la personnalité des lois. Story cite l'incapacité qui frappe les moines : considérés comme morts civilement par le dogme catholique, seront-ils aussi considérés comme morts là où ce dogme n'est pas reçu ou n'a pas d'effet civil? Non, car l'incapacité touche à la liberté des personnes, que les vœux perpétuels détruisent, et la liberté est le plus grand des intérêts, disons mieux, c'est l'essence de notre vie.

L'esclavage n'est pas un état, c'est la destruction de l'état et de la personnalité humaine; l'homme est assimilé à une brute, à une machine. Cette incapacité radicale suivra-t-elle l'esclave partout? lui est-elle attachée comme une lèpre, ainsi que disent les statutaires en parlant des incapacités civiles? Story constate que, dans tous les Etats de l'Europe, l'esclave est considéré comme libre alors même que la législation territoriale maintient l'esclavage dans les colonies. Il voit là une espèce de concession, en tout cas une exception à la doctrine des statuts, pour mieux dire, une inconséquence, et il en induit que la théorie des statuts personnels est fausse (1). Non, l'esclavage n'a rien de commun avec le statut personnel, c'est la violation de la personnalité et de la liberté ; or, la liberté est essentiellement d'ordre public; donc, pour nous servir de la terminologie de l'école, elle forme un statut réel; par conséquent, l'esclavage n'a d'effet juridique que dans les pays qui l'admettent.

Story demande si les partisans de la personnalité des lois reconnaîtraient la force obligatoire de la loi des XII Tables qui autorise les créanciers à découper la personne de leur débiteur, à l'effet de se partager le gage vivant qui sert de garantie pour le payement de leurs créances? Permettront-ils l'application de la loi romaine qui donne au père le droit de vie et de mort sur ses enfants? Non, certes, par le motif que la violation du droit et de la personnalité ne constitue pas un droit. Les lois romaines que Story cite sont destructives de la liberté, et

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 118, § 96.

toute loi qui détruit la liberté compromet l'existence de la société, puisque la société a pour objet de sauvegarder la liberté. Il en est de même des lois étrangères qui seraient en opposition avec la constitution de l'Etat où l'on en demanderait l'application : la constitution établit les bases de la société, et comment pourrait-elle exister si l'on ruinait, au nom d'une loi étrangère, les fondements sur lesquels elle repose? Story ajoute que « bien moins encore une nation peut être tenue de sacrifier ses propres *intérêts* en faveur d'une autre nation et de donner force à des doctrines politiques ou morales qui sont incompatibles avec sa sûreté et avec son bonheur, ou qui sont contraires à ses notions de vertu et de devoir (1) ». Je traduis littéralement pour donner un exemple de la confusion d'idées que je reproche au jurisconsulte américain, magistrat distingué et écrivain renommé. Pourquoi mêler les *intérêts*, qui éveillent la pensée d'un lucre, avec les *droits*, qui se rapportent à l'ordre moral, et avec l'ordre politique? Au fond, tout le monde est d'accord. Toutes les lois que Story énumère sont d'ordre public, dès lors il ne saurait être question pour un Etat d'une obligation de souffrir l'application de lois étrangères qui compromettraient son existence ou la conservation de l'ordre social. Et, je le répète, cette opinion n'est pas en contradiction avec la personnalité des lois, ce n'est pas même une exception à la personnalité, comme je l'ai dit plus d'une fois : ce sont des lois d'une nature différente, auxquelles il faut, par conséquent, appliquer un principe différent, tandis que Story mêle et confond toutes les idées et tous les principes.

390. Je reviens aux objections que Story fait contre le principe de la personnalité des lois, en tant qu'il implique, pour les Etats étrangers, une obligation juridique de l'admettre. Il laisse de côté les lois de droit public et d'intérêt social. Les statutaires s'accordent à considérer comme personnelles les lois qui concernent l'état et la capacité des personnes. Ces lois diffèrent d'un

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 24, § 25.

s à un autre : ici la majorité est fixée à vingt et un , là à vingt-cinq. Story demande de quel droit un Etat oserait sa législation sur la majorité de ses sujets nd ceux-ci se trouvent sur le territoire d'un autre t? Pourquoi la loi territoriale, qui déclare les personnes eures à vingt et un ans, céderait-elle à la loi qui re-e la majorité jusqu'à vingt-cinq ans? Et pourquoi la qui ne reconnaît les personnes majeures qu'à vingt-ans serait-elle forcée de considérer comme majeurs mineurs de vingt et un ans? Le droit de l'un des Etats égal au droit de l'autre; tous les deux sont souverains, souverain ne peut-il pas régler comme il l'entend e auquel il permet ou défend à toutes personnes de racter dans les limites de son territoire? S'il y a un t dépendant de la souveraineté, c'est bien celui-là (1).
es questions de Story me paraissent étranges : elles osent que la personnalité des lois n'a aucune raison e, que c'est une chose arbitraire qui dépend du ca-e des législateurs. Non, les lois qui règlent l'état et apacité des personnes tiennent aux caractères phy-es et moraux qui constituent la nationalité. Faut-il ander si les nationalités ont une raison d'être? L'his-e répond que les nations sont de Dieu aussi bien que individus, et le droit qu'elles tiennent de Dieu ne -il pas être respecté? Donc les lois qui sont l'expres- du caractère national doivent être reconnues partout me inhérentes à la personnalité humaine. Si des hau-s de la théorie, nous descendons sur le terrain de la ité, nous aboutirons à la même conséquence. Pour- la législation de tel Etat fixe-t-elle la majorité à t et un ans? Est-ce par caprice? Cela est-il purement raire? Non; la majorité suppose le développement des tés intellectuelles et morales; or, ce développement it avec plus ou moins de lenteur ou de rapidité dans ays que dans l'autre. Le climat y joue un grand rôle: ends le mot dans sa plus large acception; puis vien- les causes politiques sociales; j'ai rapporté un arrêt

Story, *Conflict of laws*, p. 29 et suiv., § 33.

qui constate que dans un pays où les hommes dès leur jeunesse sont sans cesse en armes, la capacité est plus précoce que là où ils vivent en paix (n° 290). Eh bien, une personne âgée de vingt et un ans est arrivée à l'âge de capacité; elle possède des biens dans un pays où la majorité est fixée à vingt-cinq ans. Y sera-t-elle considérée comme incapable en vertu de la loi territoriale, et le législateur local lui dira-t-il : « J'ai fixé la majorité à vingt-cinq ans en vertu de ma puissance souveraine et cette puissance s'étend sur toutes les personnes? » Le pouvoir, oui, mais si l'on consulte la raison, la réponse sera tout autre. A qui est-ce de déterminer l'âge de la majorité? A la loi nationale; ce qu'elle a décidé est l'expression de la vérité; toute autre loi est radicalement incompétente. Voici, en effet, à quoi aboutit la souveraineté territoriale telle que l'entendent les Anglo-Américains. La loi dit à l'étranger : « Il est vrai que vous êtes capable d'après la loi de votre pays, et je dois croire que cette loi avait de bonnes raisons pour reconnaître vôtre capacité, puisqu'elle seule est compétente ; toutefois il me plaît de vous déclarer incapable, quoique je sois radicalement incompétent pour en juger; ma raison est que j'en ai le pouvoir. » Est-ce là le langage de la souveraineté?

391. La conclusion de Story est que la reconnaissance de lois étrangères, même en matière d'état personnel, dépend uniquement de la volonté de chaque Etat; c'est, dans le plus strict sens du mot, une affaire de courtoisie, et non une question d'obligation. Les nations font à cet égard ce qu'elles jugent convenable à leurs intérêts (1). C'est la négation du droit international privé ; il a pour objet des débats judiciaires entre particuliers, étrangers ou indigènes; il s'agit donc de l'administration de la justice, ce qui implique l'existence de règles fondées sur les idées éternelles du juste et de l'injuste, tandis que dans la justice internationale, telle que les Anglo-Américains l'entendent, la prétendue règle est le pouvoir le plus arbitraire; chaque nation est juge de ce qui lui paraît juste

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 31, § 36.

et elle se décide d'après son intérêt (1). Peut-il être question de droit là où l'intérêt domine? Cependant les légistes anglo-américains écrivent des traités sur le droit international privé; il faut voir comment ils l'entendent.

§ III. *Courtoisie ou droit.*

392. La doctrine anglo-américaine, telle que je viens de l'exposer d'après Story, est celle de tous les auteurs qui ont écrit sur la matière, sauf quelques rares exceptions. L'Américain Wharton (2) est d'accord avec l'Anglais Phillimore; celui-ci indique sur son titre même ce qu'il entend par droit civil international: *Private international law, or comity* (1874, London). *Droit* est donc synonyme de *courtoisie*. Il ne saurait y avoir de droit proprement dit, si l'on admet les principes qui servent de point de départ aux légistes anglo-américains : c'est le réalisme de Voet et de Huber. Ce dernier jouit d'une grande autorité aux Etats-Unis, quoiqu'il n'ait fait que résumer la doctrine des réalistes français et belges, qui lui sont bien supérieurs. La jurisprudence est tout entière dans cet ordre d'idées (3).

Chaque Etat est souverain absolu dans son territoire, toutes personnes et toutes choses qui s'y trouvent lui sont soumises; la souveraineté territoriale, comme la propriété, qui est son premier fondement, exclut toute autre autorité. De là suit qu'aucune loi ne peut avoir d'effet hors du territoire du législateur; il n'y a pas à distinguer entre les statuts personnels et les statuts réels; c'est la loi du lieu où une personne réside, où la chose est située, qui règle l'état de la personne, ainsi que tous les faits juridiques où la chose figure. Chaque Etat a le pouvoir strict d'écarter toute loi étrangère, comme le propriétaire peut exclure qui que ce soit du sol qui lui appartient; il s'entoure d'un mur pour marquer que personne ne peut péné-

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 74, n° 73.
(2) Wharton, *A treatise on the conflict of laws, or private international law* (Philadelphia, 1872), p. 712 et 713.
(3) Voyez l'opinion du chief justice Parker (Story, p. 323, § 278).

trer chez lui sans son consentement. Dans la doctrine des réalistes, les Etats aussi sont entourés d'un mur : la Chine est l'idéal de cette doctrine, et elle a été logique en excluant matériellement tout étranger de son sein et en n'ayant aucun rapport avec l'étranger; cela évite tout conflit entre les lois et rend inutile la laborieuse science du droit civil international. La Chine seule a joui longtemps de ce bonheur jusqu'à ce que le canon européen brisât son isolement; nous voilà donc obligés de nous enquérir même du droit chinois.

Il y a des relations nécessaires et tous les jours plus fréquentes entre les hommes. Des Anglais contractent en Amérique, des Américains en Italie; les biens sont situés en France ou en Allemagne : quelle loi faut-il appliquer, la loi anglaise, la loi américaine, la loi française ou la loi allemande? Tous les jours, il arrive que les juges d'un pays appliquent les lois d'un pays étranger. Comment concilier ce fait avec le principe de la souveraineté territoriale? Si les juges appliquent la loi étrangère, ce n'est pas que cette loi les oblige, ils ne doivent obéissance qu'à la loi de l'Etat où ils rendent la justice, mais le souverain leur permet de tenir compte de la loi étrangère. N'est-ce pas abdiquer ou diviser au moins sa souveraineté? Non, car c'est par sa volonté que les lois étrangères reçoivent leur application sur son territoire, et il peut toujours refuser son consentement. Pourquoi consent-il? Est-ce parce qu'il y est tenu en vertu d'une obligation juridique ou d'un devoir moral? Non, il ne saurait être question d'aucune espèce d'obligation dans la doctrine de la souveraineté territoriale, car elle est absolue. Si le souverain consent à ce qu'on applique chez lui des lois étrangères, c'est parce que la nécessité des relations internationales l'exige, c'est parce qu'il y trouve son intérêt, ou c'est par un motif de convenance : toutes ces raisons portent le nom de *courtoisie*. Droit international privé et courtoisie sont des mots synonymes (1).

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 19, § 18; p. 20 et 23, §§ 20 et 23; p. 31, § 36; p. 29-31, §§ 33-35.

393. C'est à peu près en ce sens que Story définit la
ırtoisie : « Le vrai fondement sur lequel l'administra-
n de la justice internationale repose est que les règles
ıprès lesquelles le juge décide ces débats résultent de
ıtérêt et de l'utilité réciproques que les nations y trou-
nt. » Story invoque encore les inconvénients que pro-
irait la doctrine contraire, qui isolerait les peuples et
rendrait ennemis. Le légiste américain prononce même
mot de *justice*. « Il y a, dit-il, une sorte de nécessité
rendre justice, afin qu'en retour justice nous soit ren-
e. » Il s'agit donc de la distribution de la justice (1).
ı justice ne se comprend pas sans loi. Il faut au juge
s règles d'après lesquelles il rend ses décisions. Ces
gles, en ce qui concerne la justice nationale, sont
isées dans les notions du juste et de l'injuste et ces
tions sont universelles et éternelles. Cicéron déjà disait
ıe le droit était partout le même, à Athènes et à Rome,
rce qu'il est fondé sur la nature de l'homme. Il en est
ıtrement de la justice internationale si l'on écoute les
gistes anglo-américains : c'est l'intérêt commun ou
ıtilité commune qui préside à cette justice. Au lieu du
oit éternel, nous avons un calcul qui revient à dire :
J'ai intérêt à être juste, afin que les autres soient
stes à mon égard. » Cet utilitarisme ne mérite pas le
m de droit. Story prononce, à la vérité, le mot de jus-
ce, mais ce mot n'a plus le sens que la conscience uni-
rselle lui donne : les Etats ne sont pas justes parce
e la justice est un devoir, ils sont justes *par une sorte
nécessité*, de crainte que s'ils étaient injustes, les autres
ats useraient de représailles. La justice devient une
éculation.

Story cite, à l'appui de sa définition de la justice inter-
tionale, les statutaires hollandais et français. Il doit y
oir ici une confusion d'idées ou un malentendu, car
denburg et Bouhier, le dernier surtout, sont partisans
la personnalité des statuts, tandis que le légiste améri-
n est un réaliste outré à la façon de J. Voet et de

) Story, *Conflict of laws*, p. 30, § 35.

Huber, ses maîtres. En réalité, Rodenburg ne dit pas ce que dit Story. Il invoque la nature des choses et l'unité de la personne humaine, ce qui est un motif de droit et non une considération d'intérêt. Il n'admet qu'un seul statut pour l'état de la personne et pour sa capacité, celui du domicile ; sinon, dit-il, il y aurait deux personnalités, entre lesquelles il régnerait une véritable guerre civile : la même personne serait tout ensemble et au même instant majeure et mineure, capable et incapable, sous puissance et hors de puissance, interdite et saine d'esprit. Rodenburg voyait là une impossibilité juridique. Les légistes anglo-américains ne s'inquiètent pas de cette absurdité ; ils ne voient que ce qui se passe sous leurs yeux, dans le lieu où le jugement est rendu ; le juge applique la loi de son pays et déclare, sans hésiter, capable celui qui, d'après la loi de son domicile et dans la réalité des choses, est incapable. Voilà la justice territoriale ; elle aboutit à dépouiller l'incapable de la protection à laquelle il a droit : cela s'appelle-t-il être juste? Alors même que le souverain, par des considérations d'utilité, consentirait à reconnaître l'incapacité de la personne, ce ne serait pas encore justice, car il n'y a pas de justice sans droit, et l'utilité n'est pas le droit.

Bouhier est dans le même ordre d'idées que Rodenburg, mais il va beaucoup plus loin que lui dans la voie de la personnalité : le droit de la personne devient la règle, tandis que le droit territorial est l'exception. C'est à peu près la théorie moderne. Le légiste français est adversaire décidé de la réalité des coutumes, c'est-à-dire de la souveraineté attachée au territoire, tandis que le pouvoir absolu du souverain territorial est le fondement de la doctrine anglo-américaine ; comment le défenseur de la personnalité peut-il être invoqué comme appui par les partisans de la réalité? La confusion de systèmes contraires tient à l'absence de notions historiques ; on met tous les statutaires sur la même ligne, depuis Bartole jusqu'à Bouhier, comme si tous avaient enseigné les mêmes principes. C'est l'excuse et la justification du long travail que je consacre à l'histoire de notre science.

391. La courtoisie, telle que les légistes anglo-améri-
ains l'entendent, est-elle un principe qui puisse servir de
ase au droit international privé? Au point de vue du
roit, et c'est bien celui d'une Etude qui porte le nom
e droit, la négative est évidente. Pourquoi a-t-on
ecours à la courtoisie? Parce qu'il n'y a aucun lien de
roit qui oblige les peuples à permettre l'application
une loi étrangère. La courtoisie implique donc la néga-
on du droit. Et d'un autre côté, n'est-il pas contradic-
oire que, dans une science juridique, il y ait un autre
rincipe que le droit? C'est presque avouer que notre
cience est une chimère.

Passons sur l'inconséquence, et prenons la courtoisie
omme règle du droit civil international. Il faut que cette
ègle soit connue du juge et des justiciables. Comment
auront-ils ce que c'est que la courtoisie? Chaque Etat
st juge de ce que la courtoisie l'engage à faire ou à
ouffrir. Est-ce que les Etats déclarent ce qu'ils veulent
u ne veulent pas dans cette délicate matière? Nous ne
onnaissons qu'une seule législation qui établisse des
rincipes certains sur le droit civil international, c'est le
ode d'Italie, mais le législateur italien répudie la cour-
oisie; il admet qu'il y a un lien de droit qui oblige les
ations à reconnaître les lois étrangères, à moins qu'un
ntérêt social ne s'y oppose. Dans les lois et les codes de
Angleterre et des Etats-Unis, on chercherait vainement
ne règle quelconque. Que faut-il induire de ce silence
bsolu? Story répond : « Si les lois ne contiennent aucune
isposition sur l'application des lois étrangères, les cours
résumeront que l'Etat où elles rendent la justice a
dopté les lois étrangères, à moins que celles-ci ne
oient contraires à son droit public ou à son intérêt (1) ».
e juge *présume* quelle est la volonté du souverain. Voilà
ne présomption qui paraîtra étrange aux interprètes du
ode français. Nous n'admettons d'autres présomptions
ue celles qui sont établies par une loi spéciale et nous
e concevons pas qu'une loi soit *présumée*. La difficulté

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 32, § 38.

augmente si l'on considère l'importance de cette loi que l'on *présume* être la volonté du législateur. Il s'agit de la base de tout le droit civil international : le législateur ne dit pas qu'il admet les lois étrangères, il ne dit pas qu'il les rejette, et l'on veut que son silence soit considéré comme une reconnaissance d'un droit auquel le législateur n'a pas même songé!

Passons sur cette difficulté et admettons la présomption : on va voir qu'elle ne répond pas à la question que nous avons posée : comment les plaideurs et les juges sauront-ils ce qui est de courtoisie? Ils savent, à la vérité, là où cette présomption est admise, que la courtoisie peut être invoquée pour autoriser l'application d'une loi étrangère, mais ils ignorent absolument dans quels cas on peut ou l'on doit, et dans quels cas on ne peut pas ou l'on ne doit pas appliquer les lois étrangères; or, c'est précisément ce point qui intéresse les justiciables et les tribunaux (1). Tout ce que le principe de la courtoisie leur apprend, c'est que la loi étrangère peut être appliquée par un motif de convenance ou d'intérêt; mais quand y a-t-il intérêt ou convenance? Il est impossible de le définir, puisque tout dépend de la volonté présumée du législateur. Encore cette présomption reçoit-elle une grave restriction, c'est que le législateur n'est jamais présumé autoriser l'application des lois étrangères, quand celles-ci sont en opposition avec son droit public (*policy*), ou avec l'intérêt de l'Etat, ou avec l'intérêt des nationaux. L'exception est formulée en termes différents par les divers auteurs; toutes les formules sont plus ou moins vagues, de sorte que la courtoisie aboutit à l'incertitude la plus absolue. Il n'en peut être autrement quand on songe au point de départ. Les nations apprécient souverainement ce qu'il leur convient de faire, et ce qu'il leur convient de faire, elles ne le disent pas; on en est réduit à *présumer* leur volonté, puis à examiner les motifs qui, dans chaque espèce, peuvent engager le législateur et

(1) C'est la remarque de Westlake, *Private international law*, p. 127 et 129, §§ 144 et 145, et p. 149, § 160. Comparez Bar, *Das internationale Privat-Recht*, p. 26, § 5.

l'interpète à admettre ou à rejeter l'application des lois étrangères. Je le demande : est-ce là un principe qui puisse éclairer les parties intéressées sur leurs droits et qui puisse guider le juge dans la distribution de la justice? Un magistrat américain, le *chief-justice* Porter, répondra pour moi. Après avoir dit les vains efforts que pendant des siècles les légistes de tous les pays firent pour distinguer les statuts personnels et les statuts réels, c'est-à-dire pour déterminer quelles lois pouvaient et quelles lois ne pouvaient pas être étendues hors du territoire, le président de la cour, en développant les motifs des juges, d'après l'usage américain, dit : « Les jurisconsultes ont tenté une œuvre impossible, c'est de définir et de préciser ce qui, par la nature des choses, ne saurait être défini ni précisé. Ils semblent avoir oublié qu'ils écrivaient sur une matière qui concerne la courtoisie internationale, et que cette courtoisie a toujours été et sera toujours incertaine. En effet, la courtoisie dépend de circonstances essentiellement variables, qui ne peuvent pas être comprises dans une formuule certaine. Cette incertitude est une source intarissable de controverses; et dans le doute sur le point de savoir s'il faut appliquer la loi nationale ou la loi étrangère, le juge donnera naturellement la préférence à la loi nationale (1). »

395. Voilà la justice internationale, quand elle n'a d'autre fondement que la courtoisie. C'est le réalisme du seizième siècle; on laisse une ouverture à la personnalité, mais dès qu'il y a doute, la coutume territoriale l'emporte. Au point de vue des justiciables, je serais tenté de dire, avec un légiste du dernier siècle (2), que mieux vaudrait la réalité absolue du moyen âge, elle mettrait fin à tout doute, et par conséquent à l'arbitraire. Toutefois il y a un autre intérêt que celui des plaideurs; la justice éternelle est en cause, et il faut se féliciter de ce que les statutaires lui ont donné une satisfaction, quoique incomplète; il faut même se féliciter de ce que le réalisme féodal

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 26, n° 28.
(2) Froland (voyez plus haut, n° 363).

des Anglo-Américains a admis la personnalité à titre de courtoisie. C'est un premier pas fait hors de la féodalité; mais il importe de constater que cette doctrine, si doctrine il y a, est insuffisante, et qu'en paraissant tenir compte du droit, de la justice, elle en est, à vrai dire, la négation. En effet, la courtoisie n'est autre chose que l'intérêt, et qui oserait élever l'intérêt à la hauteur du droit? Dieu seul sait tourner en bien nos mauvaises passions, et faire de l'intérêt un instrument de progrès dans la voie de la justice; mais ce que Dieu fait ne justifie pas les hommes, et jamais l'égoïsme ne sera un lien de droit et de justice entre les nations. Les Anglo-Américains n'aiment point que l'on reproche à leur doctrine d'être égoïste (1). Il est vrai que la courtoisie est un beau mot, c'est la politesse internationale; mais qui ne sait que, dans les rapports des individus, la politesse est souvent synonyme de mensonge? N'en serait-il pas de même de la courtoisie nationale?

Les auteurs qui écrivent sur le droit international privé se tiennent toujours à une certaine hauteur; ils avouent bien que chaque nation se gouverne d'après les principes qui sauvegardent leurs intérêts essentiels, mais ils ajoutent que la courtoisie favorise aussi les relations internationales en répandant parmi les hommes des sentiments de confiance réciproque et un esprit de libéralisme éclairé (2). Voyons ce que deviennent ces bons sentiments dans la réalité des choses. Ce qui préoccupe surtout les juges, c'est la souveraineté dont ils sont les organes; ils admettent la courtoisie, mais en ajoutant qu'elle dépend de la volonté de la nation qui veut bien permettre l'application sur son territoire d'une loi étrangère, et ils y mettent cette restriction que la courtoisie ne peut pas être admise dès qu'elle serait contraire à la politique de l'Etat et à ses intérêts (3). Si l'intérêt sert de principe, peut-il encore être question de justice? L'intérêt varie d'après les circonstances de chaque cause; le juge, en se fondant sur

(1) Wharton, *Conflict of laws*, p. 713, § 1071.
(2) Story, *Conflict of laws*, p. 141 et suiv., § 106.
(3) Ce sont les paroles du chief justice Taney, président de la cour suprême des Etats-Unis (Story, p. 137, § 99).

l'intérêt, pourra donc admettre la loi étrangère aujourd'hui et l'écarter demain. Voilà une justice pire que celle dont Pascal se moquait; le conflit n'existe plus entre deux lois, c'est un seul et même juge qui décide le pour et le contre, en vertu du même principe. Un légiste anglais qualifie cette doctrine de monstrueuse. Et il se trouve que ce n'est pas une hypothèse d'école : cela a été jugé ainsi par la cour de la Louisiane. Il s'agissait de savoir si l'incapacité du mineur forme un statut personnel, en d'autres termes, si le mineur sera considéré comme incapable hors de son territoire. Oui, dit la cour; quoique, d'après nos lois, il soit capable, nous le déclarons incapable, parce que tel est l'intérêt de l'Américain qui est partie en cause; mais, ajoute la cour, si l'Américain était intéressé à ce que le mineur fût capable, nous le déclarerions capable. Ainsi, dit Phillimore, quand on parle d'intérêt, il n'est pas question de l'intérêt universel, il s'agit de l'intérêt, disons le mot, du lucre des plaideurs; les tribunaux américains jugeront donc blanc ou noir, pour donner gain de cause à l'Américain. Grand est l'embarras de Story en présence d'une pareille doctrine. Il admet que le législateur a ce pouvoir; mais il faut au moins qu'il le dise. Quant au juge, il est difficile de comprendre qu'il porte deux décisions contraires sur une même matière. Je ne sais où est la difficulté. Dans la doctrine de Story, le législateur a le pouvoir de décider le pour et le contre; pourquoi le juge, dans le silence de la loi, ne pourrait-il pas *présumer* que telle a été la volonté du législateur (1)?

396. Est-il nécessaire de demander si l'intérêt est un principe dans la science du droit et dans la distribution de la justice? Oui, pour les utilitaires qui croient que le droit est chose factice, que le droit dépend de la volonté arbitraire du législateur et qu'il varie selon les circonstances changeantes où se trouvent les peuples. Non, pour ceux qui croient que le droit est antérieur et supérieur à la loi,

(1) Phillimore, *International law*, t. IV, p. 259 et suiv., n° 383 Story, *Conflict of laws*, p. 79, n° 77. Comparez plus haut, n° 294.

qu'il a ses racines dans la nature de l'homme et des sociétés civiles, et qu'il doit être l'expression de la justice éternelle dont Dieu a déposé la notion dans la conscience humaine. J'écris sur le droit et par conséquent pour ceux qui croient au droit. Dans cet essai historique sur le développement du droit international privé, nous avons rencontré un exemple de ce que c'est que l'intérêt et de ce que c'est que le juste. Le droit d'aubaine était considéré par la royauté française comme un des joyaux de la couronne; on croyait qu'il était de l'intérêt de la France d'exclure les étrangers des hérédités qui s'ouvraient sur le territoire français, et l'on ne s'enquérait pas s'il était juste de s'emparer des biens qui leur appartenaient. Il se trouva que c'était un très mauvais calcul au point de vue de l'intérêt, et une criante iniquité au point de vue du droit. Les économistes démontrèrent que le mince profit qui résultait pour le fisc du droit d'aubaine était loin de compenser le préjudice qui résultait pour la richesse publique de ce que l'on écartait de la France les étrangers, et que l'on se privait tout ensemble de leur industrie et de leurs capitaux. Les jurisconsultes philosophes dénoncèrent et flétrirent le droit d'aubaine comme un débris de l'antique barbarie. C'est au nom de la fraternité humaine que l'Assemblée constituante abolit ce droit inique, qui n'était qu'une spoliation, et il se trouva que ce qui était juste était aussi utile, plus utile que les calculs mesquins des utilitaires. C'est au nom de l'intérêt français que l'on abolit en France le droit d'aubaine que le code civil avait indirectement rétabli. Sous le Consulat, on croyait très utile d'exiger la réciprocité comme condition de la jouissance des droits civils que l'on accordait aux étrangers. L'expérience prouva de nouveau que l'intérêt aveugle les hommes au lieu de les éclairer; ceux qui ne voient que l'intérêt du moment ne s'aperçoivent pas que le juste est à la longue toujours utile. Quand la justice est en cause, il n'y a plus de calcul d'utilité à faire; la justice impose des devoirs qu'il faut remplir. A l'appui de ce que dis, je citerai encore les belles paroles qu'un tribun prononça, lors de la discussion du code civil. Dans les rela-

tions internationales, disait-on, il fallait toujours consulter l'intérêt de la France. « Sans doute, répondit Boissy d'Anglas, mais heureusement cet intérêt est toujours fondé sur ce qui est juste. »

397. On touche ici du doigt ce que c'est que le principe de l'intérêt. Au nom de l'intérêt, on dépouillait les étrangers de leurs biens. Ce qui est injuste peut-il jamais être utile? Non, dit la France de 89. Et la France de la Restauration abolit, au nom de l'intérêt français, le droit d'aubaine que Montesquieu avait combattu au nom de la justice. Peut-on considérer comme un principe, en matière de droit, l'intérêt qui varie d'un jour à l'autre (1)? Le droit est ou doit être l'expression de la vérité éternelle; cela suffit pour écarter l'intérêt du sanctuaire des lois. Le législateur ne crée pas le droit, il le formule, et il le formule de manière à s'approcher tous les jours davantage de l'idéal de la justice divine. Cela est un axiome pour tous ceux qui croient, avec Montesquieu, qu'il y a un droit antérieur à la loi. Reste à savoir s'il existe deux justices, une justice pour les membres d'une nation et une autre justice pour les relations internationales. La question n'a point de sens. Il n'y a pas deux consciences, il n'y en a qu'une. Il n'y a point une justice fondée sur le droit pour les citoyens, dans un même Etat, et une autre justice quand les citoyens se trouvent hors du territoire de l'Etat, et qu'ils traitent soit entre eux, soit avec un étranger. Le droit ne dépend point de la qualité de la personne, ni du lieu où un fait juridique se passe; il dépend de la nature de ce fait, et il doit par conséquent être apprécié partout de la même manière et en vertu de la même loi. Je suis mineur et incapable; partant le fait juridique où je figure est vicié à mon égard par mon incapacité. Cela est un axiome quand le fait se passe dans mon pays. En sera-t-il autrement si le fait se passe à l'étranger? Consultera-t-on en Belgique la justice éternelle, qui demande que l'incapable soit protégé contre l'inexpérience et la faiblesse de sa raison, tandis qu'en Angleterre on décidera, au nom de

(1) Lawrence, *Commentaire sur Wheaton*, t. III, p. 59.

l'intérêt anglais que la justice doit être sacrifiée à l'intérêt? Il y aurait donc une justice qui consacrerait l'injustice!

398. La doctrine de la courtoisie soulève encore une autre difficulté. On demande qui décidera si la courtoisie autorise l'application d'une loi étrangère? Est-ce le législateur, ou est-ce le juge? Les légistes anglo-américains répondent que ce n'est point le juge, que c'est la nation (1). En effet, c'est en vertu du consentement des nations que les lois étrangères deviennent applicables; par elles-mêmes ces lois n'ont aucune force. Qui a pouvoir de leur donner force obligatoire hors de leur territoire? C'est l'Etat où l'on se prévaut de la loi étrangère; le souverain seul peut recevoir comme sienne une loi étrangère qui n'a pas été faite par lui; car toute loi est l'expression de la souveraineté territoriale. Le juge n'a aucune qualité pour admettre ou rejeter la loi étrangère; en effet les tribunaux ont pour mission, non de faire la loi, mais de l'appliquer; or ce serait faire la loi que de déclarer qu'une loi étrangère, sans force par elle-même, a autorité hors de son territoire. Cela est admis par la doctrine et par la jurisprudence. Jamais, dit Lawrence, un tribunal n'a rendu un jugement fondé sur la courtoisie. Dans une espèce jugée par une cour anglaise, le vice-chancelier a dit : « Le juge applique la loi étrangère, parce que sa propre loi exige que la matière soit jugée d'après la loi étrangère (2). »

Cela est d'évidence en théorie. Voyons comment les choses se passent en fait. La nation consent à l'application des lois étrangères par courtoisie. Voilà le principe. Mais comment les nations manifestent-elles leur volonté? Régulièrement par l'organe du pouvoir législatif, donc sous forme de lois ou de traités. De lois, il n'y en a point, et de traités pas davantage, sauf sur quelques points spéciaux qui ne touchent pas à la question capitale du droit international privé, l'application des lois hors de

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 32, § 38.
(2) Lawrence, *Commentaire sur Wheaton*, t. III, p. 60-63.

leur territoire. Si les législateurs gardent le silence, comment les juges sauront-ils ce que les nations veulent? Dira-t-on avec Story que le juge présume le consentement du législateur à ce que les lois étrangères soient appliquées? Cela ne nous apprend pas grand'chose. En effet, ce consentement présumé ne s'applique pas à toutes les lois; la courtoisie n'est admise que dans les limites de la politique des Etats et de l'intérêt national. Voilà donc les juges qui devront examiner si telle loi est compatible avec la politique ou avec l'intérêt général. N'est-ce pas faire acte de législateur? C'est le pouvoir législatif qui règle les intérêts généraux, ce n'est pas le juge; celui-ci applique la loi; or, quand il est appelé à décider un procès international, il ne trouve pas de loi, il sait seulement que la loi étrangère pourra être appliquée si elle est conforme à l'intérêt et à la politique de la nation; forcément il sera donc conduit à régler des intérêts généraux, c'est-à-dire à décider comme législateur. Or, quand le juge est législateur, dit Montesquieu, il n'y a pas de justice, puisque les parties intéressées ne savent pas par quelle loi ils seront jugés : aujourd'hui le juge appliquera la loi étrangère, demain il refusera de l'appliquer. Où est, dans cet ordre de choses, la garantie des justiciables? Et là où tout est livré à l'arbitraire, peut-on dire qu'il y ait une justice?

Dira-t-on que les juges puiseront leurs motifs de décider dans la jurisprudence et dans la doctrine? Ce serait un cercle vicieux. Les arrêts que l'on invoque n'ont pas plus d'autorité que la décision que le juge est apppelé à rendre. Nous demandons une loi, c'est-à-dire une manifestation quelconque de la volonté nationale, et on nous renvoie à des précédents judiciaires. Est-ce que, par hasard, les tribunaux sont les organes du pouvoir législatif? Quant à la doctrine, elle n'a qu'une autorité de raison; je suis loin de la contester, mais pour le moment c'est une expression de la volonté générale que je cherche et les jurisconsultes ne sont pas des législateurs; ils l'étaient jadis, ils ne le sont plus, au moins dans les pays régis par des codes; l'interprète est lié par la loi, il ne la fait pas.

On dira que la difficulté que j'oppose à la doctrine de la courtoisie existe dans tous les systèmes de droit civil international : en l'absence de lois et de traités, que fera le juge? C'est lui qui fera la loi qu'il applique. Cela est vrai. Je l'ai reconnu dans l'Introduction de ces Etudes. Il y a une lacune qui ne peut être comblée que par des traités. La science peut les préparer, elle ne peut pas en tenir lieu. Mais si l'on fait appel à la science, qu'on lui laisse au moins ses libres allures, et qu'on ne l'enchaîne pas par l'intérêt. Elle a une mission plus haute, c'est d'être l'organe de la justice éternelle ; elle décide en principe, d'après les notions du juste et de l'injuste; quand elle aura élaboré les idées, le législateur les formulera en articles de lois ou de traités.

399. Je suis heureux de constater qu'il existe un rapport entre la doctrine de la courtoisie, qui règne chez les Anglo-Américains, et la doctrine du droit, qui règne dans la science européenne. La science doit tendre à rapprocher les esprits, sinon le droit civil international sera une utopie. C'est un droit universel de son essence, et comment deviendrait-il universel, si une fraction importante de l'humanité se tenait à l'écart, et refusait d'adhérer aux principes qui sont généralement professés ailleurs? Il y a un obstacle à l'union et à l'harmonie, c'est que la courtoisie n'est autre chose que l'intérêt, et l'intérêt divise les hommes au lieu de les unir. Cela est vrai, du moins, quand par intérêt on entend le profit des nationaux dans les procès internationaux; alors on aboutit à sacrifier le droit à l'intérêt, ce qui serait la ruine de notre science. Nos vieux jurisconsultes ne l'entendaient pas ainsi. Bouhier, Dumoulin parlent du *bien public,* et non du lucre des individus. Or, le bien public est inséparable de la justice. Sur ce terrain l'accord sera facile.

La doctrine de la courtoisie est si vague qu'elle laisse une ouverture à tous les principes. Les légistes anglo-américains procèdent de Huber; c'est leur grande autorité. Or, Huber part du principe que le droit international privé est une dépendance du droit des gens. Il admet que les lois ne peuvent pas s'étendre hors de leur terri-

oire, mais les nations ont le plus grand intérêt à leur reconnaître cet effet, afin de favoriser les relations internationales qui seraient entravées à chaque instant par la contrariété des lois. Voilà une utilité publique que le droit peut et doit avouer; elle tend à briser l'isolement hostile des peuples pour les réunir dans la société générale du genre humain, et c'est bien là le but suprême de notre science. Les légistes anglo-américains tiennent le même langage. Ils font aussi appel à un *jus gentium* pour décider les difficultés qui résultent de la contrariété des lois; l'intérêt de toutes les nations exige que des règles uniformes régissent les rapports qui se forment journellement entre les habitants de toutes les parties du monde; l'application exclusive de lois contraires produirait une confusion telle, qu'il n'y aurait plus de justice. Il faut donc qu'il y ait une entente. Dans l'état actuel des choses, le concours de consentement est tacite; c'est dire que le droit civil international est un droit coutumier. J'ai dit, en commençant ces Etudes, que cela ne suffit point. Il est de l'essence du droit d'être certain, sinon la justice dégénère en un arbitraire absolu; or, le droit coutumier est incertain de sa nature, alors même qu'il s'agit des coutumes nationales. Que sera-ce quand il faudra constater des coutumes internationales? Story nous renvoie aux décisions judiciaires (1). Mais comment la jurisprudence pourrait-elle assurer l'unité du droit si elle n'a d'autre principe que l'intérêt national? Cela est contradictoire dans les termes. Le droit des gens implique qu'il y a une société du genre humain, et cette grande société domine les sociétés particulières comme, dans l'intérieur de chaque Etat, l'intérêt général l'emporte sur l'intérêt particulier. En vertu de quel principe? La justice; il n'y en a pas d'autre, si l'on admet un droit entre les peuples.

400. L'idée du juste s'identifie tellement avec le droit, que les légistes anglo-américains, bien qu'imbus de la doctrine de l'intérêt national, parlent de justice en même temps que de la courtoisie. Story admet qu'il y a une

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 23, §§ 23 et 24, et p. 83, § 83 *a*.

espèce de nécessité morale à permettre l'extension des lois hors de leur territoire (1). L'intérêt commun de toutes les nations, dit-il, exige qu'elles observent entre elles les principes d'une justice réciproque et d'une courtoisie égale (2). La justice doit être étonnée de se trouver alliée avec la courtoisie. Toutefois c'est déjà un premier pas vers le règne du droit. D'autres écrivains vont plus loin. L'Américain Lawrence n'admet pas que la courtoisie soit la base du droit. Il part du principe qu'il y a un *droit des gens* pour les relations d'intérêt privé comme pour les relations d'intérêt général, et ce droit est obligatoire pour les juges. Quel en est le fondement? Ce n'est pas la courtoisie, c'est la nature de l'homme et des sociétés civiles. Lawrence cite les belles paroles de Cicéron qui ont été reproduites par un juge anglais, lord Mansfield; je les transcrirai également, afin de montrer qu'il y a chez les légistes de race anglo-saxonne des sentiments plus élevés que ceux qu'engendre la fausse doctrine de l'intérêt: *Non erit alia lex Romæ, alia Athenis, alia nunc, alia posthac, sed et apud omnes gentes et omni tempore, una lex et sempiterna et immutabilis obtinebit* (3). Une correspondance s'engagea entre Lawrence et l'Anglais Westlake sur la vraie signification de la courtoisie et sur ses rapports avec la justice. Westlake avoue que la *comitas* peut bien être un motif d'admettre l'application d'une loi étrangère, mais qu'elle ne saurait déterminer quelle loi doit être appliquée dans un cas donné. C'est dire que la courtoisie, qui joue un si grand rôle dans la théorie des légistes anglo-américains, n'a aucune importance pratique. Toutefois elle recèle un danger et elle crée un obstacle qui pourrait devenir insurmontable, c'est qu'elle implique le principe de l'intérêt national qui a tant de prestige pour ceux qui tiennent avant tout à la grandeur de leur patrie. Il y a un intérêt plus grand que la grandeur nationale, c'est la justice. Eh bien, Westlake dit dans une

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 30, § 35.
(2) Story, *Conflict of laws*, p. 367, § 306.
(3) Lawrence, *Commentaire sur Wheaton*, t. III, p. 64 et 65. Cicero, *De republica*, III, 22.

Lawrence, à l'occasion des lois d'état et de capa-
ır lesquelles il désire que l'on suive le statut du
e, tandis que les Anglo-Américains suivent le sta-
lieu du contrat : « On peut nommer cela de la
;, mais je suis d'accord avec vous pour répudier
:pression et je préfère le mot de *justice* (1). » Tel
ɔre le sentiment d'un jurisconsulte qui est aussi un
politique : son opinion a d'autant plus d'impor-
ord Brougham ne veut pas que l'on parle de *cour-*
n matière de droit civil international ; c'est la jus-
domine dans le droit, ce ne sont pas les conve-
; là où l'on juge d'après les convenances, il n'y a
droit (2). Quand les légistes anglais et américains
nt cette profession de foi, l'accord sera fait entre
c écoles qui divisent la science, il n'y en aura plus
: celle de la justice, et sur le terrain du juste, l'en-
st possible, facile même, tandis que les intérêts
oujours hostiles.
. Nous n'en sommes pas là. La réalité a de pro-
racines en Angleterre ; elle s'identifie avec l'orgueil
uveraineté territoriale. Il a fallu, sur le continent,
te séculaire pour arriver à la reconnaissance de la
ıalité des lois ; encore resta-t-il des opposants dans
inces belgiques et en Allemagne, et ce sont préci-
les deux Voet et Huber qui servent d'autorités
gistes anglo-américains. C'est donc une lutte qui
au douzième siècle avec les glossateurs et qui con-
ıcore au dix-neuvième. Sur le continent, le prin-
droit l'emporte, il a été consacré par le code ita-
domine dans la science. En Angleterre et aux
nis, la souveraineté territoriale et l'intérêt natio-
t toujours en lutte contre les idées nouvelles. Il y
isconsulte anglais qui est l'image vivante de cette
s'en tenir au titre de son livre, on doit dire que

rence, *Commentaire sur Wheaton*, t. III, p. 56-58. Westlake,
ɔnal law, p. 154, § 165. Tel est aussi l'avis du traducteur de
Guthrie, *Savignys private international law*, p. 9 et 33).
ez le jugement de lord Brougham sur la question des divorces
à l'étranger, dans Story, *Conflict of laws*, p. 245, note.

Phillimore identifie le droit international privé avec la courtoisie; mais on peut dire aussi qu'il identifie la courtoisie avec le droit, et je crois volontiers que ses instincts généreux l'emportent sur l'égoïsme de l'intérêt national. Je citerai quelques traits de cette lutte intestine qui est comme une guerre civile.

J'ai dit que les sentiments qu'une nation ou un auteur professe sur la condition des étrangers est comme la pierre de touche de sa doctrine internationale. Phillimore qualifie de barbarie le droit d'aubaine, mais il n'ose pas dire que cette barbarie soit en opposition avec le droit strict; il dit seulement qu'elle est sur les confins d'une injustice légale aussi bien que morale : dépouiller les étrangers de leurs biens à leur mort n'était peut-être qu'une violation de la courtoisie. L'auteur se félicite cependant que ce droit soit aboli chez toutes les nations civilisées (1). Quels tours et quels détours pour flétrir, dans la seconde moitié du dix-neuvième siècle, un droit que Montesquieu dénonçait, au siècle dernier, à la réprobation publique! Mais la *common law* l'avait consacré; il faut tenir compte au légiste anglais des efforts qu'il fait pour le repousser. Phillimore a raison de douter que le droit d'aubaine soit contraire au droit strict; en effet, si l'on admet le principe de la souveraineté absolue, il n'y a pas d'iniquité qui ne devienne légitime; on peut, à la rigueur, dépouiller les étrangers de leurs droits naturels, dit un jurisconsulte italien (2).

La jurisprudence française est très défavorable aux étrangers; elle va jusqu'à refuser justice aux étrangers qui ont un différend entre eux. Phillimore ne trouve pas que cela soit inconciliable avec la *comitas*; tel est du moins l'avis de la France (3). Mais que dit le droit? la justice est le premier des devoirs qu'une nation a

(1) Phillimore, *Private international law or comity* (London, 1[...]), p. 2, note *f*. C'est le tome IV du *Traité de droit international* de l'auteur.

(2) Rocco, *Dell'uso et della autorita delle leggi del regno delle Due Sicilie, considerate nelle relazioni con le persone et con le territoria degli stranieri*, p. 73 et suiv. (Napoli, 1837).

(3) Phillimore, *International law or comity*, p. 3, note *g*.

remplir. Si le déni de justice se concilie avec la courtoisie, cela ne témoigne certes pas en faveur de ce prétendu principe.

La Chine s'y prend d'une manière plus simple pour éviter tout conflit entre la courtoisie et le droit, elle exclut les étrangers de son sein et s'entoure d'un mur pour signifier à ceux qui voudraient pénétrer chez elle qu'elle ne veut pas les recevoir. Cette façon d'agir n'est pas courtoise, mais on ne peut pas exiger la courtoisie par la force, dit Phillimore, comme on demande en justice le payement d'une dette (1). Cela prouve que le légiste anglais a eu tort d'identifier le droit et la courtoisie; car qu'est-ce qu'un droit qui n'impose aucune obligation? Un vain son de paroles.

L'esclavage souillait encore, en 1842, la législation des Etats-Unis. Un vaisseau transportant des nègres d'un port américain à l'autre est jeté par une tempête dans un port anglais; les esclaves se révoltent et s'échappent. Le propriétaire américain, appuyé par son gouvernement, réclame l'intervention des autorités anglaises pour saisir les esclaves qui sont sa propriété. Refus de l'Angleterre. La courtoisie internationale, dit Phillimore, pouvait seule être invoquée par les Etats-Unis; mais, dans l'espèce, la courtoisie était en opposition avec une loi fondamentale de l'Angleterre, la liberté, droit inviolable de toute personne qui se trouve sur son territoire. Cela légitimait son refus (2). N'y a-t-il pas dans le raisonnement de Phillimore une confusion d'idées? Ou c'est la courtoisie que les Etats-Unis invoquaient, ou c'est le droit. La courtoisie ne leur donnait aucune action, et l'Angleterre pouvait se borner à répondre que c'était à elle et à elle seule de décider s'il lui convenait ou non d'extrader des esclaves fugitifs. Que si les Etats-Unis avaient fondé leur demande sur le droit, l'Angleterre aurait eu un motif péremptoire de refuser l'extradition, c'est celui que Phillimore donne; un Etat ne peut jamais être obligé d'appliquer une loi

(1) Phillimore, *International law or comity*, p. 8, § VIII.
(2) Phillimore, *International law or comity*, p. 15, § XIX.

étrangère quand cette loi est en opposition avec son droit public : conçoit-on que dans un pays qui ne reconnaît pas l'esclavage, les autorités publiques se mettent à pourchasser des esclaves comme des bêtes fauves?

402. En définitive, la courtoisie autorise toutes les iniquités que les nations voudraient pratiquer et que, de fait, elles ont pratiquées pendant des siècles; elles n'ont pas même un devoir moral à l'égard de l'étranger. Dans cet ordre d'idées, il ne peut être question d'un droit international. Cependant le droit figure sur le titre de Phillimore, et l'auteur le prend au sérieux. C'est une dépendance du droit des gens; or, le droit des gens implique qu'il existe entre les nations un lien de droit; il n'est plus question de courtoisie. Si un droit est violé, il est vrai qu'il n'y a point d'autorité supérieure, à laquelle la partie lésée puisse recourir pour exiger une réparation; mais, au besoin, elle fait appel à la force des armes, c'est le seul cas où la guerre soit légitime. La sanction est imparfaite, mais c'est une sanction, et un droit sanctionné n'est plus une affaire de courtoisie. Il y a donc une confusion d'idées à mettre sur la même ligne et à assimiler la courtoisie et le droit international privé.

L'expression latine *jus gentium* prête à la confusion. Elle comprend deux idées très différentes : d'abord le droit des gens public qui règle les relations entre Etats pendant la paix et pendant la guerre; les Romains avaient le mot, mais ils n'avaient pas la chose, parce qu'ils ne reconnaissaient aucun lien de droit entre les peuples, sinon en vertu de traités; en l'absence d'un traité, les relations étaient hostiles. Voilà pourquoi ils n'ont pas connu le droit international privé. Le *jus gentium* comprenait, en second lieu, des règles de droit privé qui faisaient partie du droit positif de Rome et étaient appliquées par les magistrats romains aux provinciaux, c'est-à-dire à des sujets de la république. Ce n'est pas là un droit international privé, tel que nous l'entendons aujourd'hui. Phillimore les confond. Il faut laisser là le *jus gentium* des Romains; étranger à notre science, il ne sert qu'à embrouiller les idées.

Phillimore revient ensuite au droit international privé, en s'inspirant des idées de Savigny. C'est une meilleure autorité que celle du *jus gentium*; le principe qui domine dans l'école allemande est celui d'un droit universel, lien de toutes les nations. Il ne s'agit plus de savoir si les lois peuvent être étendues hors de leur territoire; le juge a pour mission d'examiner quelle est la loi qui, à raison de la nature du fait juridique, doit recevoir son application dans chaque espèce : est-ce une loi étrangère, il l'applique, parce que c'est la seule qui puisse être appliquée. Voilà pourquoi Phillimore, de même que Savigny, ne veut pas que l'on parle du *conflit des lois*; le légiste anglais rejette ce titre, qui est le titre de prédilection des légistes anglais et américains, à la suite de Voet et de Huber. Est-ce un conflit de lois lorsque le juge examine tel article du code ou tel autre qui prévoit la difficulté qu'il est appelé à décider? Non, chaque article a son objet particulier et doit être appliqué au cas qu'il prévoit. Il en est de même quand il s'agit d'un procès international; si le juge applique la loi étrangère, c'est que le fait juridique exige cette application.

Nous voilà loin de la courtoisie et de la souveraineté territoriale. La *comitas* n'a rien de commun avec le droit, elle en est, au contraire, la négation. Quant à la souveraineté territoriale, elle est dominée par un droit qui lui est supérieur, la société du genre humain, qui devrait être régie par une seule et même loi; pour mieux dire, les lois particulières, territoriales si l'on veut, subsistent, mais elles forment toutes un seul et même code dans lequel le juge doit chercher la règle qui prévoit la difficulté qu'il est appelé à décider. Peu importe de quel Etat cette loi émane : c'est une marque de barbarie, dit Phillimore, que de repousser l'application d'une loi qui est la loi du fait juridique, par la seule raison que cette loi est étrangère (1). Est-ce porter atteinte à la souveraineté territoriale? Phillimore ne prévoit pas l'objection; j'y ai ré-

(1) Phillimore, *Private international law or comity*, p. 5 et suiv., §§ IV-IX.

pondu d'avance. La souveraineté n'est pas en cause, puisque le débat, on le suppose, est étranger à la mission du souverain; dès que l'existence ou la conservation de l'Etat sont engagées dans le débat, la loi étrangère est écartée; donc la souveraineté est sauve. Reste l'intérêt national. Si cet intérêt est un intérêt public, il y est pourvu par le principe que je viens de rappeler; les particuliers ne peuvent jamais opposer leur droit au droit de l'Etat. Mais si l'intérêt national n'est en réalité que l'intérêt des parties qui sont en cause, alors il n'y a plus de raison pour se prononcer en faveur des nationaux contre les étrangers : serait-il permis de violer la justice pour procurer un profit pécuniaire à un indigène au préjudice d'un étranger? Voilà à quoi aboutit l'intérêt anglais, américain ou français, peu importe la nationalité. La question, dit Phillimore, est de savoir ce que demande la *justice universelle,* et non ce que demande l'*intérêt* (1).

403. Voilà une belle parole. Elle autorise l'espérance pour l'avenir. Dès qu'on laisse là le faux principe de l'intérêt, on est tout près de s'entendre; pour mieux dire, l'entente est réalisée. L'intérêt est chose variable de son essence, il est donc impossible d'en faire une règle pour la distribution de la justice internationale. Il n'en est pas de même du droit; quelles que soient les variétés des législations nationales, la notion de la justice guidera partout le juge, car il n'y a qu'une justice; qu'elle se rende à New-York, à Londres ou à Paris, la décision sera la même; l'idée du juste aidera le juge à trouver, dans les lois diverses, celle qui régit le litige. Cela suppose que le procès international a pour objet des intérêts privés. S'agit-il d'intérêts généraux se rapportant au droit public, à la conservation de la société, la loi qui doit recevoir son application est désignée par cela même, c'est la loi nationale de chaque pays que le juge appliquera. Ici est le point de réunion entre la doctrine anglo-américaine et la doctrine des jurisconsultes du continent européen. Si les Anglais et les Américains

(1) Phillimore, *International law or comity*, p. 259, n° 383.

tiennent tant à l'application de la loi territoriale, c'est qu'à leurs yeux il y a un intérêt national en cause. Ils ont raison, si par là ils entendent un intérêt de conservation. Il s'agit donc de faire une distinction, difficile, il est vrai, dans l'application, mais qui en théorie est incontestable : tout ce qui est d'intérêt social est du domaine de la loi de chaque Etat; et ce qui est d'intérêt privé dépend de la loi personnelle des parties, et s'il y a plusieurs lois personnelles, le juge appliquera celle qui est indiquée par la nature du fait juridique. Cette distinction donne pleine satisfaction à la souveraineté et à l'intérêt national. Si l'accord n'est pas encore fait, il se fera.

404. Le réalisme anglo-américain a trouvé un organe en France; et comme Fœlix est le seul auteur français qui ait écrit un traité sur le droit international privé, il est à craindre que ses idées ne se répandent dans la doctrine et dans la pratique, comme si elles formaient le dernier mot de la science. Il est donc bon de constater que, loin d'être le représentant des théories modernes, Fœlix ainsi que les juristes anglo-américains se rattachent aux réalistes hollandais, et par eux jusqu'aux coutumes réelles du moyen âge que Guy Coquille répudiait dès le seizième siècle et que nos plus grands jurisconsultes, Dumoulin et Bouhier ont combattue. La vraie tradition française est celle qui procède de Charles Dumoulin, à qui la postérité reconnaissante a conservé le titre d'oracle du droit coutumier que ses contemporains lui ont donné. La France, qui a extirpé jusque dans ses plus profondes racines les institutions féodales, ne doit pas aller chercher ses autorités dans un pays qui est resté imbu de l'esprit féodal et qui fait des efforts pour se dégager des chaînes du passé. Il s'agit d'inaugurer un droit qui servira de lien entre les peuples et qui constituera l'unité humaine, au moins dans l'ordre des relations civiles. Et quelle est la nation qui la première a proclamé la fraternité universelle en abolissant le droit d'aubaine, cet odieux héritage de la féodalité et de l'égoïsme royal? C'est la France de 1789. Là est le commencement d'une ère nouvelle; ce serait déserter la glorieuse initiative de la Révolution que de

se mettre à la suite d'une doctrine qui, à certains égards, se rattache aux abus féodaux si antipathiques à la race française, passionnée pour l'égalité. Le dogme de la fraternité, au nom duquel l'Assemblée constituante a aboli un droit odieux, aboutit à un droit international bien différent de celui que Fœlix a emprunté aux Anglo-Américains; si tous les hommes sont frères, leurs droits doivent être égaux, malgré la division de l'humanité en nations; le genre humain formera une grande société, au sein de laquelle régnera la justice universelle. Quand il s'élèvera un débat entre les membres de n'importe quels Etats, le juge n'imposera pas aux parties sa loi territoriale, il respectera la personnalité humaine dans l'étranger comme dans le citoyen, il appliquera la loi personnelle des parties, si la nature du litige le demande, sans s'inquiéter si cette loi est étrangère ou indigène, il aura souci de la justice universelle et non de l'intérêt français. Voilà un idéal digne des idées de 1789; l'Assemblée nationale l'aurait consacré, si elle avait été appelée à codifier le droit international privé. Que la France accepte ce magnifique héritage au lieu d'y renoncer pour des idées étrangères qui lui sont profondément antipathiques.

405. Les principes qui servent de point de départ à Fœlix sont traduits textuellement de Huber et de Story : « Chaque nation possède seule et exclusivement la souveraineté dans toute l'étendue de son territoire. » Souveraineté territoriale et absolue. Second principe : « Aucun Etat ne peut, par ses lois, affecter, lier ou régler les objets qui se trouvent hors de son territoire, ou affecter ou obliger les personnes qui n'y résident pas, qu'elles lui soient ou non soumises par le fait de leur naissance (1). » Si chaque Etat est maître absolu des personnes et des choses et si ses lois ne peuvent s'étendre hors de son territoire, on ne conçoit pas comment il y aurait un *droit international privé*. C'est le titre que porte l'ouvrage de Fœlix. Ses principes conduisent, au contraire, à un iso-

(1) Fœlix, *Traité du droit international privé* (4e éd., par Demangeat, Paris, 1866), p. 19 et suiv., nos 9 et 10.

lement hostile, qui est si bien caractérisé par cette maxime de l'égoïsme national : Chacun chez soi et chacun pour soi. Que devient alors le lien entre les nations? Et s'il n'y a aucun lien de droit entre les peuples, n'est-il pas absurde de parler d'un droit international? Le principe est faux, et ceux-là mêmes qui le mettent en avant sont obligés de le laisser là et de reconnaître qu'il y a des liaisons nécessaires entre les peuples, et que, par suite, il devient également nécessaire de donner effet aux lois hors de leur territoire. Seulement ils disent que ces effets dépendent absolument de la volonté de chaque nation; elles peuvent refuser tout effet aux lois étrangères; elles peuvent admettre les unes et écarter les autres, en tout ou en partie. Il n'y a jamais aucune obligation de leur part; elles agissent par des considérations d'utilité ou de convenance (*ex comitate*), et elles sont seules juges des concessions qu'elles font dans leur intérêt (1).

Je viens de combattre cette théorie qui est, à la lettre, la doctrine anglo-américaine. Fœlix ne s'est pas demandé comment, avec ce point de départ, on arrive à un droit international, lequel comprend nécessairement toutes les nations. Je laisse de côté l'Afrique et l'Asie, pour m'en tenir aux nations de civilisation chrétienne, comme on dit. Chacune a son intérêt particulier, d'après lequel elle se décide à admettre ou à rejeter les lois étrangères; l'intérêt est chose variable; il arrivera donc nécessairement que chaque Etat aura une politique différente, et cependant cette politique, *policy* comme disent les Anglo-Américains, déterminera le droit international. C'est dire qu'il y a autant de droits internationaux qu'il y a de nations diverses. Peut-on donner le nom de droit international à cent droits divers, se heurtant, se contredisant, vraie tour de Babel, où, au lieu de l'unité, règne la confusion la plus complète? Si au moins chaque Etat restait fidèle à son principe, il y aurait, sinon unité, au moins certitude du droit. Mais l'intérêt n'est jamais certain; autant vaudrait faire de l'incertitude une règle de certitude. Voilà l'Angleterre qui

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 21, n° 11.

déclare qu'elle est maîtresse de faire chez elle ce qu'elle veut. La Chine en dit autant, elle exclut les étrangers, ou ne leur permet du moins pas de vicier ses populations en leur vendant un poison. Cela ne convient pas aux Anglais; ils brisent à coups de canon l'isolement chinois, et forcent le Céleste Empire à recevoir le poison. Voilà l'intérêt et la courtoisie à l'œuvre : cette débauche de la force mérite-t-elle le nom de droit? Il est vrai que le canon ne gronde pas dans le domaine paisible du droit international privé; mais l'intérêt n'y est pas moins brutal. Quand on entend une cour de justice dire qu'elle appliquera ou n'appliquera pas la loi étrangère, selon que les nationaux y auront ou non intérêt (n° 395), la conscience se soulève, et elle crie que l'intérêt n'est pas le droit, et que le pouvoir n'est pas la justice (1).

406. Fœlix se plaint de ce que les tribunaux et les auteurs, au lieu d'invoquer la courtoisie internationale et les convenances réciproques, semblent se décider par des motifs philosophiques. Il ne veut pas entendre parler d'un droit naturel : c'est un leurre, d'après lui, et une doctrine subversive (2). Je suis affligé d'entendre une pareille doctrine dans la patrie de Montesquieu. Il croyait qu'il y avait un droit avant qu'il y eût des lois, et ce droit antérieur à la loi, n'est-ce pas le droit naturel dont l'auteur est Dieu même, de qui tout procède? Il y a donc un droit idéal, que les législateurs doivent réaliser dans les limites de l'imperfection humaine. Et si le droit, bien qu'imparfait, est progressif, ne faut-il pas que la doctrine s'inspire de la philosophie pour éclairer le législateur? Le juge lui-même n'est-il pas dans la nécessité de recourir aux notions philosophiques, précisément dans notre droit international privé, où les lois manquent. Dire, comme le fait Fœlix, que le juge doit puiser ses motifs dans les précédents judiciaires et dans les auteurs, est un cercle vicieux : sur quoi les précédents sont-ils basés? et où les auteurs ont-ils trouvé les principes qu'ils enseignent? C'est

(1) Fiore. *Diritto internazionale privato*, § 37, p. 57.
(2) Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 26, n° 12; et Préface, p. IV, et note 3.

bien dans les notions du juste et de l'injuste, donc dans la philosophie du droit, dont Fœlix a si peur. Si l'on avait toujours pensé ainsi, le monde en serait encore à la loi des XII Tables : *In hostem perpetua auctoritas*, et Fœlix n'aurait pas été dans le cas d'écrire un traité de droit international privé, puisqu'il n'y en aurait pas. Et le traité qu'il a écrit, en accumulant les autorités et en excluant systématiquement la philosophie, c'est-à-dire l'élément rationnel, mérite-t-il le nom de droit? C'est la théorie de l'intérêt. Je préfère la théorie de la justice, que les économistes français ont enseignée au dernier siècle. C'est aussi la doctrine qui tend à prévaloir, au moins dans le domaine de la théorie. Voici les conclusions qui ont été proposées au nom d'une commission par Mancini et Asser, dans la session de Genève de l'Institut du droit international : « L'admission des étrangers à la jouissance des droits civils, et l'application des lois étrangères aux rapports de droit qui en dépendent, ne sont pas la conséquence d'une simple *courtoisie* et bienséance (*comitas gentium*); mais la reconnaissance et le respect de ses droits de la part de tous les Etats doivent être considérés comme un devoir de *justice internationale* (1). »

Il s'est trouvé en France un écrivain profondément imbu de la doctrine de l'intérêt français, et animé du patriotisme exclusif que l'on admire chez les anciens. Nous allons l'entendre (2). « Il y avait, dit-il, dans l'ancienne société française, un intérêt pour un Français à être Français. » Quel était cet intérêt? « C'est que les Français avaient le bénéfice d'une loi qui leur était spéciale ». Ce sont les idées et c'est le langage du droit strict de Rome, en vertu duquel on refusait aux étrangers toute communion du droit civil. L'auteur ne se dissimule pas les imperfections de la loi civile et de la loi politique de l'ancien régime; mais peu importe : « Chaque Français avait raison de préférer sa constitution et sa législation

(1) Rolin-Jaequemyns. *Revue de droit international*, t. VI, p. 582.
(2) Hubbard. *Patrie. Essai de politique légale*. J'emprunte ces citations à Pradier-Fodéré, Traduction de Fiore, *Droit international privé*, Avant-propos, p. VI-XIII.

aux constitutions et aux législations étrangères; le sol de la France appartenait aux Français. » C'est-à-dire que l'étranger était sans droit; on lui permettait, à la vérité, d'acquérir des biens, mais c'était dans l'intention tacite de l'en dépouiller à sa mort. Ce patriote, à la façon des barons féodaux, approuve, que dis-je? il admire les lois inhospitalières du moyen âge : « Ces rigueurs montrent quelle idée se faisaient de la patrie ceux qui ont la gloire de l'avoir constituée. Tel était le droit d'aubaine. Ce droit rendait peu; ce fut sans doute pour ce motif que des politiques à courte vue le flétrirent comme un acte de confiscation inhumain et inutile. Ils n'apercevaient pas l'utilité nationale d'une loi qui consacrait la souveraineté; ils en méconnaissaient l'utilité préventive; l'étranger restait chez lui et les Français demeuraient en France. » L'idéal serait donc le mur de la Chine, la prohibition de toutes relations internationales, même celles du commerce. L'auteur, dans son aveuglement patriotique, ne voit pas que ce prétendu idéal est celui de la sauvagerie, et que le bon vieux temps qu'il regrette n'a jamais existé, par la raison bien simple qu'il est impossible.

On voit à quoi aboutit l'intérêt français : à un état social qui est en tout le contraire de celui que Dieu a établi entre les hommes, en les forçant à communiquer entre eux pour satisfaire les premières nécessités de la vie. Notre patriote français change tout cela : il imagine « une société nationale formée par un contrat particulier d'assurance mutuelle entre individus nés sur le même sol et leurs héritiers légitimes ». L'étranger, c'est l'ennemi, et l'Etat a pour mission de garantir ses membres contre cet ennemi toujours aux aguets : *Homo homini lupus.*

Les philosophes et, à leur suite, les constituants, ont proclamé la fraternité universelle : ce sont des bavards et des songe-creux qui n'y entendaient rien. Ils ne s'apercevaient pas qu'ils livraient la France à l'ennemi. « Que veut l'étranger à qui on ouvre au large les portes de la France? Il veut se réserver ses droits politiques tout ensemble et jouir des droits privés spéciaux aux Français; c'est-à-dire avoir les bénéfices de notre société

nationale et garder ceux de l'association dont il est membre. Si une pareille prétention est satisfaite, que devient le droit privé des Francais? C'est la cause principale de nos maux ».

407. Il est bon de voir les conséquences auxquelles conduit un faux principe; elles en démontrent la fausseté mieux que tous les raisonnements. Mais il est bon aussi que ces conséquences soient déduites par ceux-là mémes qui admirent ce que les autres réprouvent. Si j'avais dit à ceux qui préconisent l'intérêt national comme le fondement du droit international privé, que leur doctrine aboutit à isoler les peuples par des murs chinois et à déclarer l'homme ennemi de l'homme, ils auraient crié à la calomnie, ou du moins à l'exagération. Mais voilà un des leurs qui répudie et condamne, au nom de l'intérêt national, tous les sentiments que la nature nous inspire, toutes les idées sur lesquelles reposent les sociétés modernes. Les conséquences sont telles, que pas un homme de bon sens ne saurait les admettre. Voilà la condamnation éclatante du principe. Est-ce à dire qu'en rejetant l'intérêt national comme base de notre science, je méconnaisse l'idée de patrie? Je la place plus haut que les utilitaires; dans mon opinion, les nations sont de Dieu, la patrie est donc aussi indestructible que la création. Mais tout en créant les nationalités, Dieu a établi entre les peuples des liens nécessaires, celui de la fraternité avant tout, et pour les forcer à le reconnaître, il leur a donné des besoins qui ne peuvent être satisfaits que par des liaisons réciproques. Les desseins de Dieu permettent et commandent de concilier l'intérêt national avec l'intérêt de l'humanité; ces intérêts sont solidaires, comme l'a si bien démontré l'école des économistes français (n° 330). Pour mieux dire, l'intérêt n'est que le mobile providentiel qui pousse les peuples à s'unir; il y a un lien plus fort qui les unit, c'est le droit et le devoir. Le but de l'homme n'est point la jouissance exclusive du sol et de ses fruits; Dieu l'a créé pour qu'il se perfectionne : « Soyez parfaits comme votre Père dans les cieux. » Or, l'œuvre du perfectionnement serait impossible dans la solitude : « Il n'est pas bon à

l'homme d'être seul. » Il y a donc entre les hommes une société naturelle, qui n'est pas limitée par les frontières des nations. Cette société implique des droits et des obligations. Voilà le fondement inébranlable du droit international, c'est Dieu même qui l'a établi. La société humaine est gouvernée par la justice et non par l'intérêt; mais la Providence a veillé à ce que la justice fût aussi utile. C'est en ce sens qu'il faut entendre ces profondes paroles de Jésus-Christ : « Cherchez premièrement le royaume de Dieu et sa *justice*, et tout ce dont vous avez *besoin* vous sera donné de *surcroît*. » Nous allons entendre un illustre jurisconsulte soutenir ces principes qui seuls font du droit une science digne de diriger une des faces les plus importantes de la vie humaine.

CHAPITRE V.

PRINCIPE DU DROIT.

§ I[er]. *Doctrine de Savigny.*

408. Les statutaires, à quelque école qu'ils appartiennent, procèdent du principe de la souveraineté territoriale. Ceux qui sont les plus logiques, les réalistes, déclarent la souveraineté absolue et nient, en conséquence, que les lois puissent s'étendre hors de leur territoire. Ils admettent néanmoins cette extension par un consentement réciproque des peuples, fondé sur l'utilité ou la courtoisie. Les autres, c'est le grand nombre, enseignent que certains statuts sont attachés à la personne, et que les statuts personnels suivent la personne partout, par une nécessité juridique; tandis que les statuts réels sont liés au territoire et ne dépassent point ses limites. Comment les statutaires concilient-ils l'extension des statuts personnels hors du territoire avec la souveraineté territoriale, qui est limitée au territoire? La conciliation est impossible si l'on admet que la souveraineté est absolue et, partant, exclusive de toute loi étrangère.

Nous sommes donc en présence de deux faits juridi-

ques dont l'un semble exclure l'autre; les lois, expression de la puissance souveraine, ne peuvent avoir d'effet que là où le souverain a le droit de commander, donc elles n'en ont aucun hors de leur territoire. Il y a cependant des lois qui affectent tellement la personne qu'elles en sont inséparables et qui, par conséquent, doivent avoir effet partout. Ces propositions sont, en apparence, contraires; mais elles ne le sont que parce que l'on considère la souveraineté comme essentiellement territoriale et exclusive. Il y a une autre notion de la souveraineté, d'après laquelle la puissance souveraine s'exerce sur les personnes, et sur les choses seulement en tant qu'elles sont les accessoires de la personne; loin d'être absolue, la souveraineté n'est qu'un pouvoir de conservation et de protection; elle a pour mission de conserver la société, sans laquelle les droits des individus n'auraient aucune garantie et hors de laquelle ils ne pourraient ni exister ni se perfectionner, et la puissance souveraine protége les individus auxquels elle prête son appui dans l'œuvre de leur perfectionnement. Ainsi entendue, la souveraineté n'empêche pas l'extension des lois hors de leur territoire. Les lois sont l'expression de la souveraineté, en ce sens que le souverain seul a le pouvoir de faire des lois; mais en faisant les lois, il ne nie pas le droit, il le formule seulement; le droit est l'expression de la nature de l'homme, l'expression de sa personnalité, donc il est inhérent à sa personne et l'accompagne partout. Cela suppose que les lois sont d'intérêt privé; en effet, les lois concernent généralement l'individu et ses intérêts; la souveraineté n'y joue d'autre rôle que celui de déclarer quels sont ses droits. Il y a cependant des lois qui intéressent la société et sa conservation; celles-là sont, à proprement parler, l'expression de la puissance souveraine; elles sont applicables seulement dans les limites de chaque souveraineté, mais dans ces limites, elles s'appliquent à toute personne.

409. Telle est la théorie moderne de la souveraineté avec les conséquences qui en découlent quant à l'effet des lois hors du territoire. Elle implique que la souveraineté n'est ni territoriale, ni exclusive; elle fait plutôt abstrac-

tion des souverainetés particulières pour déclarer que les lois sont personnelles, en tant qu'elles régissent des intérêts privés; et les lois personnelles suivent la personne partout, de sorte que partout où une personne réside, elle peut invoquer sa loi personnelle comme un droit, ce qui implique qu'il y a obligation pour chaque Etat de respecter ce droit. Nous laissons de côté, pour le moment, les lois réelles qui, de l'aveu de tout le monde, sont territoriales. Cette notion de la souveraineté suppose qu'il existe entre tous les peuples un lien juridique qui fait que les hommes et leurs droits sont partout reconnus, non par convenance, nécessité ou courtoisie, comme disent les statutaires, mais par une obligation véritable. Quand on dit qu'il y a un lien juridique entre tous les hommes, à quelque nation qu'ils appartiennent, on admet par cela même qu'il existe une société humaine universelle, qui dépasse les Etats particuliers et embrasse l'humanité entière. L'idée d'une société du genre humain n'est pas nouvelle; nous l'avons rencontrée chez les philosophes de la Grèce et de Rome; mais le cosmopolitisme des écoles de Platon et de Zénon est philosophique plutôt que politique ou civil. Les anciens ne pouvaient pas admettre un lien juridique entre les peuples, puisqu'ils n'avaient point la notion de l'unité humaine. Les plus cosmopolites des philosophes excluaient de leur unité les esclaves et les Barbares (1). Le christianisme donna une extension nouvelle à ces sentiments; pour les chrétiens, il n'y a plus ni Grecs, ni Barbares, ni esclaves, ni hommes libres, il n'y a plus que des fidèles. C'est un cosmopolitisme plus large que celui des philosophes, mais le sentiment même qui l'engendre implique qu'il est exclusivement religieux; il relève de la foi et n'a rien de commun avec les relations politiques et civiles; la fraternité chrétienne n'empêchait pas les Pères de l'Eglise de haïr les hérétiques et de les déclarer pires que les Barbares, et malgré l'égalité des fidèles, l'esclavage subsistait. Il ne faut donc pas attacher trop d'importance au cosmopolitisme des écrivains catholiques. Lac-

(1) Voyez plus haut, nos 117 et 118.

tance a de belles paroles sur le lien universel de l'humanité : « C'est le lien qui unit tous les hommes; celui qui le rompt doit être réputé criminel et parricide. L'Ecriture Sainte nous apprend que nous sommes tous nés d'un seul homme, nous sommes donc tous frères, et la fraternité de l'esprit n'est-elle pas plus puissante que celle du corps(1)? » Orose semble étendre la fraternité jusqu'à une communauté de droit : « En quelque lieu que je me réfugie, je n'ai rien à craindre. Entre Romains, j'invoque mes droits de citoyen romain; entre chrétiens, la communauté de foi; entre hommes, la nature humaine (2). » Laissons de côté les liens de la cité et de la religion : reste la nature humaine : on y aurait vainement fait appel dans l'antiquité, car l'homme, comme tel, n'avait pas de droit, et les chrétiens ne lui en reconnaissaient pas plus que les Romains et les Grecs.

Les statutaires sont généralement étrangers à cet ordre d'idées. Il est vrai que les glossateurs, imbus de l'unité romaine, admettent en principe la monarchie universelle de l'empereur, mais c'était là une vaine théorie qui n'avait de valeur qu'à l'école, le monde chrétien ignorait qu'il y eût un empereur. L'unité par la papauté et l'empire fit place à la diversité nationale, mais celle-ci, poussée à bout, conduisit à l'égoïsme sous le nom de courtoisie, c'est-à-dire à la doctrine de l'intérêt. C'était un autre excès. Au dix-huitième siècle, il se fit une violente réaction contre l'ambition égoïste des rois; les libres penseurs se trouvaient mal à l'aise dans la souveraineté territoriale où on voulait les enchaîner; ils se proclamèrent citoyens du monde, comme les stoïciens de l'empire. Ce cosmopolitisme eut du retentissement jusque dans l'humble sphère de la doctrine des statuts. Boullenois dit, dans sa Préface, que les différentes lois qui règnent parmi les nations sont des souverains dont il ne veut pas blesser l'autorité; mais qu'il considère aussi le monde entier comme une grande république où il faut mettre la paix et la bonne intelligence.

(1) Lactantius, *Divinarum institutionum*, VI, 10.
(2) Orosii *Histor.*, V. 2.

C'est la reconnaissance de la souveraineté en tant que pouvoir, mais au-dessus des souverains particuliers, il y a une société qui comprend tous les peuples, tous les hommes; ceux-ci, comme membres de cette grande famille, doivent jouir partout de leurs droits d'homme, et leur personnalité doit être partout reconnue; or, les lois d'intérêt privé sont une expression de la personnalité; elles doivent, par conséquent, accompagner la personne partout. C'est la théorie moderne. Je n'entends pas dire que c'est la doctrine de Boullenois. Le légiste français est un de ces statutaires inconséquents qui procèdent de la réalité des coutumes, c'est-à-dire de la souveraineté territoriale, et qui admettent néanmoins la personnalité des statuts concernant l'état des personnes. Ce qu'il y a de plus curieux, c'est que les réalistes mêmes étaient entraînés par le courant du siècle. Leibnitz avait parlé d'une société du genre humain; cette idée entra comme un lieu commun dans la philosophie de l'école. On la trouve chez Hert. Le légiste allemand, plus réaliste que Rodenburg, lui reproche d'avoir poussé trop loin le principe de la personnalité des statuts d'état, en y comprenant même ceux qui établissent une capacité ou une incapacité particulière (1). Cependant il enseigne qu'il existe entre les hommes une communauté de droit, en s'appuyant sur la doctrine de Cicéron, qui parle aussi d'une société du genre humain (2). Quand les conséquences répondent si peu aux principes, il faut croire que les principes n'avaient point la signification que nous leur attribuons. Le droit civil n'est pas une théorie abstraite, c'est une face de la vie. Il faut que l'idée de la société humaine devienne un système légal. C'est ce que fit la révolution de 1789.

410. La constitution de 1791 s'ouvre par une déclaration des *droits de l'homme*. Les écrivains catholiques ont essayé de jeter le ridicule sur la déclaration immortelle de l'Assemblée nationale. C'est qu'il y a parmi les principes de 1789 un droit qui est la négation de

(1) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, t. I, p. 196-198.

(2) Hertii, *De socialitate dissertatio* (*Opuscula juridica*, t. I, p. 64.)

l'Eglise et de la foi révélée : la libre pensée. La déclaration restera, en dépit de ces vaines critiques. Jusqu'à la révolution, le droit reposait sur l'idée de cité, de nation; le citoyen, l'indigène avaient seuls des droits; les étrangers n'en avaient aucun : en France, ils vivaient libres, mais ils mouraient serfs. L'Assemblée constituante proclama les droits de l'homme; c'était une vraie révolution dans l'ordre civil. Tous les hommes, à quelque nation qu'ils appartinssent, étaient mis sur la même ligne; leur personnalité devait donc être respectée partout et, par suite, les lois qui la régissent. Voilà l'inauguration du vrai droit international. L'Assemblée nationale n'eut qu'une seule occasion de l'appliquer, c'est à l'occasion du droit d'aubaine. « Considérant, dit l'illustre Assemblée, que le droit d'aubaine est contraire aux principes de *fraternité* qui doivent lier *tous les hommes,* quels que soient leur pays et leur gouvernement; que ce droit, établi dans des temps barbares, doit être proscrit chez un peuple qui a fondé sa constitution sur les *droits de l'homme* et du citoyen, et que la France libre doit ouvrir son sein à tous les peuples de la terre. » Si tous les *hommes* sont *frères,* si tous jouissent des *droits* qui sont inhérents à leur nature, parce qu'ils ne sauraient vivre et se perfectionner s'ils n'en avaient la jouissance, il faut dire que ces droits sont inséparables de leur personnalité, car ce sont les droits de cette personnalité que la Constituante appelle *droits de l'homme.* Voilà la société du genre humain réalisée. L'isolement hostile, tel qu'il découle de la souveraineté territoriale, absolue et exclusive, est répudié comme une barbarie. L'Assemblée ne décrète pas l'abolition du droit d'aubaine au nom de l'intérêt français, elle met la nature et ses droits au-dessus de l'intérêt. Ce sont les bases du droit international privé, tel que nous l'entendons aujourd'hui.

411. Savigny, l'illustre professeur de Berlin, est célébré comme l'initiateur de cette nouvelle direction de notre science. Je vais d'abord exposer brièvement sa doctrine(1),

(1) Savigny, *System des heutigen römischen rechts,* t. VIII (Berlin, 1849).

j'aurai bien des occasions d'y revenir dans le cours de ces Etudes. Les statutaires partent du principe de la souveraineté territoriale et de ses limites, ce qui conduit logiquement à la réalité des statuts; si néanmoins ils admettent la personnalité des statuts qui concernent l'état et la capacité, c'est par inconséquence ou par des raisons de convenance et de courtoisie. Savigny dit que la territorialité des lois est une question secondaire; il faut voir avant tout quelle est la nature du fait juridique que le juge ou l'interprète ont à apprécier, puis chercher la loi qui doit être appliquée à ce fait pour décider la difficulté qui se présente. C'est cette loi qui recevra son application, sans distinguer si elle est étrangère ou nationale (1). Ce n'est pas à dire que la loi étrangère doive toujours être appliquée, alors que la nature du fait juridique le commande. Ici intervient la restriction résultant de la souveraineté; il y a des lois souveraines, en ce sens qu'elles sont d'intérêt social, et dès que l'existence ou la conservation de la société sont engagées dans un débat, la loi territoriale l'emporte sur la loi étrangère (2). Hors les cas où la loi est réelle, il n'y a pas à voir de quel souverain elle émane; le juge applique la loi qui régit le fait juridique, alors même qu'elle aurait été portée par un législateur étranger; il juge comme aurait jugé le tribunal étranger; le lieu où le jugement est rendu est indifférent; ce qui est décisif, c'est la nature du fait juridique.

412. En apparence, cette doctrine heurte de front et détruit la souveraineté territoriale. Cela est vrai si l'on admet avec les statutaires que la puissance souveraine a essentiellement pour objet le territoire, c'est-à-dire toutes les personnes et les choses qui s'y trouvent. Savigny ne combat pas directement cette notion de la souveraineté; il ne discute pas la nature et les limites de la puissance souveraine; il ne l'admet, dans le domaine du droit civil international, que pour les lois qu'il appelle strictement impératives ou prohibitives (3). L'expression est très

(1) Savigny, *System*, t. VIII, p. 27, 32, §§ 348 et 349.
(2) Savigny, *System*, t. VIII, p. 3, § 344.
(3) « Gesetze von streng positiver, zwingender Natur. »

vague ; je préfère les nommer lois de droit public, par opposition aux lois d'intérêt privé; celles-ci n'intéressent pas la souveraineté, tandis que les autres sont d'intérêt social ; or, l'intérêt social domine l'intérêt privé. On comprend que la souveraineté soit intéressée à ce que les premières reçoivent leur application à toutes personnes et à toutes choses ; cela sauvegarde la souveraineté, et la puissance qui lui appartient. Quant aux autres lois, et ce sont les plus nombreuses dans notre science, puisque nous parlons du droit international privé, elles sont étrangères à la souveraineté ; on ne la blesse donc pas en la mettant hors de cause pour considérer uniquement la nature du fait juridique ; si le fait exige l'application d'une loi étrangère, le juge et l'interprète l'appliqueront sans que l'on puisse dire qu'ils donnent une force de coaction à des lois qui sont l'expression d'une souveraineté étrangère, les lois d'intérêt privé n'ayant rien de commun avec la souveraineté.

413. Ainsi la souveraineté est sauve, alors même que le juge applique une loi étrangère. Toutefois cette application soulève encore une difficulté. L'idée de la puissance souveraine n'implique-t-elle pas l'exclusion de toute loi étrangère? Les statutaires le croyaient, et pour donner effet aux lois étrangères concernant l'état et la capacité, ils avaient recours à un consentement tacite des nations, consentement fondé sur la nécessité des relations civiles ou sur la convenance et la courtoisie internationales. Savigny met le droit à la place de la courtoisie. Il existe une société, donc un lien juridique entre les peuples; elle s'est formée sous l'influence de la civilisation chrétienne, et à raison de l'utilité qui en résulte pour toutes les nations. Dire que la société du genre humain procède du christianisme, c'est dire qu'elle n'a pas toujours existé ; et l'utilité commune n'a pas toujours été aperçue, même après que l'Europe était devenue chrétienne : était-il question d'un bien public au moyen âge, alors que les petits Etats féodaux vivaient dans un isolement qui n'était rompu que par les hostilités continuelles entre les voisins? Les circonstances qui amenèrent les peuples à s'unir et à

se considérer comme membres de la grande société du genre humain datent des temps modernes. En réalité, le cosmopolitisme philosophique et la révolution y jouent un plus grand rôle que les idées chrétiennes. Si Savigny ne les mentionne pas, c'est qu'il appartenait à un parti politique qui n'aimait guère la philosophie du dix-huitième siècle et bien moins encore la révolution. Quoi qu'il en soit, cette société existe. Elle implique d'abord une égalité complète entre tous les hommes, à quelque nation qu'ils appartiennent, en ce qui regarde la jouissance des droits civils. Voilà encore une idée de la révolution : jusqu'en 1789, la fraternité et les droits de l'homme ne se rencontrent pas dans les lois, bien que l'Europe fût chrétienne depuis dix-huit cents ans. L'égalité civile des étrangers et des indigènes ne suffit point pour réaliser la société des peuples; il faut encore qu'il y ait égalité entre les lois; je parle toujours d'intérêt privé. Peut-il être question d'un lien de droit et de l'égalité entre associés là où, comme chez les Anglo-Américains, les juges décident régulièrement contre l'étranger, dès que l'intérêt des nationaux le demande? L'intérêt doit faire place au droit, et le droit exige que le juge applique la loi qui régit le fait juridique qu'il est appelé à juger, sans distinction entre la loi étrangère et la loi nationale; il décide, comme aurait décidé le juge étranger, en vertu de la loi étrangère. Telle est la communauté de droit, qui forme la base de la doctrine de Savigny sur le droit international privé (1).

414. Il y a une communauté de droit entre les nations. Cela n'implique pas que les lois des diverses nations doivent être les mêmes. Sans doute, ce serait un grand bien que l'uniformité des lois internationales; elle préviendrait tout conflit. Mais l'unité du droit n'est encore qu'un idéal. Il faut tenir compte de la réalité des choses. Les lois diffèrent; de sorte que, dans un fait juridique, il peut y avoir conflit de lois diverses, selon que l'on considère la nationalité ou le domicile des personnes, la situation des biens, le lieu où le fait juridique s'est accompli,

(1) Savigny, *System*, t. VIII, p. 27, § 348.

té constaté par un écrit authentique ou sous seing enfin le lieu où le procès est poursuivi : laquelle de s le juge devra-t-il appliquer? Le principe est qu'il chercher la loi qui régit le fait juridique; mais com- trouvera-t-il cette loi? La difficulté est grande, ; l'attestent les débats séculaires des légistes. Il es règles au juge; voici celles que Savigny pro- je ne puis que les indiquer, en ajoutant mes de douter; j'y reviendrai dans le cours de ces s.

ınd il s'agit de l'état et de la capacité, c'est la loi ›ersonne qui doit recevoir son application. Quelle est oi? Savigny répond que c'est la loi du domicile. C'est ıcipe des statutaires, et il est encore généralement . Toutefois je fais mes réserves; à mon avis, c'est la alité qui détermine la loi personnelle, ce n'est pas ıicile. Il va sans dire que, dans la doctrine de Savi- a loi du domicile (ou la loi nationale) régit l'état de sonne partout, et, par conséquent, détermine sa té partout où elle se trouve, et partout où sont les biens qui lui appartiennent. C'était déjà le prin- es statutaires français du dix-huitième siècle (1).

ınd c'est un droit sur les biens qui figure dans un ridique, il faut recourir à la loi de la situation. Les ıires distinguaient entre les meubles et les immeu- Savigny rejette cette distinction, qui n'a plus de d'être dans notre état social. La règle de Savigny, qui concerne la situation des biens, n'est-elle pas bsolue? Je fais mes réserves.

obligations, dans la doctrine de Savigny, ont aussi ége : c'est le lieu où elles doivent être exécutées. avance fait mes réserves sur ce point (2). Quant aux les formes instrumentaires sont régies par la loi du ı l'écrit est dressé. Ce principe est universellement , et il donne néanmoins lieu à de grandes diffi-

renvoie à ce qui a été dit ci-dessus sur Froland, Boullenois et r.

oyez ce qui a été dit sur Dumoulin, n° 271-274.

Ces règles ne concernent que les lois d'intérêt privé. Quand le droit public est en cause, c'est la loi territoriale qui reçoit son application. Ce principe a toujours été admis; c'est ce que les statutaires appelaient statuts réels.

§ II. *Appréciation de la doctrine de Savigny.*

415. On dit que Savigny a ruiné la doctrine traditionnelle des statuts (1), ce qui semble dire que cette doctrine était fausse et que Savigny a posé les vraies bases de notre science. Il y a de l'exagération et de l'inexactitude dans cette appréciation. Ce serait chose désolante si pendant cinq siècles, depuis les glossateurs jusqu'à nos jours, l'esprit humain s'était fondamentalement trompé, et si les plus grands jurisconsultes, Dumoulin, d'Argentré, Guy Coquille, Bourgoingne, Voet avaient versé dans une erreur absolue sur des matières qui les ont tant occupés. Non, ce n'est pas ainsi que marchent les choses humaines: les idées naissent, se développent et approchent d'une perfection relative, sous la main de Dieu, mais avec le concours des hommes qui tiennent une place dans les diverses sciences. Sans doute ils se trompent, mais il y a aussi une part de vérité dans leurs erreurs. Les légistes italiens, ont les premiers revendiqué les droits de la personnalité contre la réalité féodale; la réalité a néanmoins conservé ses partisans : si Dumoulin et Coquille se prononcent pour la personnalité, c'est avec des restrictions qui supposent que la réalité a aussi sa raison d'être, et comment en douter quand on voit, parmi les réalistes, des jurisconsultes de premier ordre, d'Argentré et Jean Voet et leurs successeurs les légistes anglo-américains, Story, Wharton, Westlake. Chacune des deux écoles a sa part de vérité et aussi ses erreurs. Cela implique déjà que la science du droit international privé n'est pas née en 1849, date de la publication du livre de Savigny. Le système

(1) Hamaker, *Aard en doel van het internationaal privaat Regt* (Leiden, 1878), p. 23.

jurisconsulte allemand n'est pas une science nouvelle, à vrai dire il n'y a point de science qui n'ait eu ses pré-rseurs, et c'est à eux que revient la gloire de l'initia-e, puisqu'ils ont fait les premiers pas dans la carrière s derniers venus ont-ils accompli l'œuvre et ne reste-plus rien à faire qu'à commenter Savigny? Ce serait ore une illusion de le croire. Il n'y a point d'œuvre faite, ni de dernier mot dans le domaine de la science. ands sont ceux qui ajoutent une pierre à l'édifice. vigny l'a fait, mais ce serait rendre un mauvais service a mémoire que de dire que tous ceux qui l'ont précédé sont trompés, et que lui seul a aperçu la vérité. Il a itinué l'œuvre des statutaires en s'appropriant les ncipes qu'ils ont établis et en illuminant la doctrine ditionnelle d'un nouveau rayon de la vérité éter-le.

116. Il est vrai que les mots de statuts réels et de tuts personnels ont disparu de la science; mais ce que idées avaient de vrai est resté et restera sous des mes nouvelles. Quelle est, en substance, la doctrine des tutaires? Il y a des lois personnelles, en ce sens que, ichées à la personne, elles la suivent partout et doivent evoir leur application partout où la personne se trouve partout où elle possède des biens. Est-ce là une erreur, hasard? C'est, au contraire, une profonde vérité; it, pour les glossateurs, un titre de gloire, que Savigny tes ne leur enviait point, lui qui, par ses patientes herches, les a sauvés de l'oubli où ils risquaient de iber. Loin de répudier la personnalité, la science derne, et à sa tête Savigny, étend le domaine des lois sonnelles : qu'est-ce autre chose que des statuts per-nels que ces lois qui, dans le système de Savigny, oivent leur application partout, parce qu'elles régis-t le fait litigieux? L'école italienne les nomme des lois ionales, ce qui est synonyme de lois personnelles, sque la personnalité est une dépendance de la natio-ité. Tout ce que la science moderne a fait, c'est d'élargir ercle trop étroit des statuts personnels, tels que les utaires des trois derniers siècles l'avaient circonscrit.

Le dernier, Bouhier, n'était pas loin de se trouver d'accord avec Savigny. La plupart des légistes faisaient une part trop grande aux statuts réels; cela tenait à la notion de la souveraineté territoriale, qui considérait les immeubles comme l'objet essentiel de la puissance souveraine. Est-ce à dire que la féodalité et, à sa suite, les légistes aient eu tort de déclarer les coutumes réelles? Savigny et les Italiens admettent aussi des lois réelles, quoiqu'ils ne prononcent point ce mot; mais ils ne disent plus que toutes les lois sont réelles. Ici était l'erreur. Elle a été relevée par l'école de Dumoulin et de Bouhier; il est vrai qu'ils n'ont pas défini d'une manière précise ce qu'il faut entendre par statuts réels. Est-ce que le système de Savigny résout la difficulté? Non, de l'aveu même de ses partisans.

Faut-il demander maintenant s'il est vrai que la doctrine traditionnelle des statuts est surannée et qu'elle a fait place à une doctrine nouvelle qui serait celle de Savigny? Avant d'apprécier le système du professeur berlinois, il importe de constater que si les noms de *statuts personnels* et de *statuts réels* ne figurent plus dans le système de Savigny, les idées y sont, en tant qu'elles contiennent une part de vérité. Le savant jurisconsulte a recueilli l'héritage du passé, mais ces successions-là s'acceptent toujours sous bénéfice d'inventaire : l'héritier répudie les erreurs, il ne garde que la vérité. Qu'importe qu'il élargisse la vérité et qu'il lui donne un autre nom? C'est néanmoins l'élément traditionnel qui survit. Et comment en serait-il autrement, puisque le droit est une science traditionnelle? Seulement la tradition se modifie avec le progrès des idées, des sentiments et des mœurs.

417. Il y a, dans la doctrine des statuts, un vice qui altère ce qu'elle a de vrai : les statutaires se faisaient une fausse idée de la souveraineté, en considérant la puissance souveraine comme absolue et exclusive de toute loi étrangère. Pour concilier l'extension de certaines lois, les statuts personnels, hors de leur territoire, ils imaginèrent que les nations consentaient à l'application des lois étrangères par des motifs de convenance et de cour-

toisie internationale. Voilà l'erreur des statutaires. Est-ce que Savigny la répudie? Oui et non. Il la répudie en ce sens qu'elle est incompatible avec son système d'une communauté de droit. Là où le droit règne, il ne peut plus s'agir de courtoisie, car la courtoisie est la négation du droit; elle a été inventée parce que les réalistes n'admettaient pas qu'il y eût entre les peuples un lien juridique qui obligeât chaque Etat à permettre l'application des lois étrangères, alors qu'il n'y a aucun intérêt social qui s'y oppose. De même il ne peut être question d'une souveraineté absolue et exclusive si l'on admet avec Savigny que les lois doivent recevoir partout leur application, dès que la nature du fait litigieux l'exige, à moins qu'il n'y ait un intérêt social en cause.

Néanmoins Savigny ne rejette ni la courtoisie ni la souveraineté territoriale. Le droit strict de la puissance souveraine, dit-il, permettrait au souverain d'ordonner que le juge décidât tous les différends d'après la loi territoriale, en excluant entièrement l'application des lois étrangères. Voilà le principe des réalistes conséquents, doctrine dans laquelle il n'y a plus de droit international privé. Savigny se hâte d'ajouter que ce principe n'est consacré par aucune législation. S'il entend parler d'une loi proprement dite, cela est vrai; mais c'était bien là le principe du droit féodal, qui régnait encore au seizième siècle dans la pratique : la maxime traditionnelle que les coutumes sont réelles n'a point d'autre sens. Savigny écarte cette maxime et le fondement sur lequel elle repose, la souveraineté absolue, exclusive, par la raison que, dans l'état actuel des relations internationales, elle serait d'une application impossible, puisqu'elle implique l'isolement hostile de toutes les nations, alors que les nations ne sont plus ni isolées ni hostiles. La maxime traditionnelle de la réalité des coutumes est encore en opposition avec un principe qui tend à devenir une règle universelle, à savoir l'égalité, sous le rapport du droit privé, entre l'étranger et le citoyen; en effet, cette égalité implique l'égale application des diverses lois, comme je viens de le dire. S'il y a de si puissants motifs d'écarter la doctrine de la souve-

Le dernier, Bouhier, n'était pas loin ... la main-
cord avec Savigny. La plupart des ... strict ...
part trop grande aux statuts réels ... la nature des
de la souveraineté territoriale, ... relations interna-
bles comme l'objet essentiel d ... notion de la sou-
Est-ce à dire que la feodali ... omme un débris de
aient eu tort de déclarer l ... point fait, n'en faut-
et les Italiens admettent ... etat politique de l'Alle-
ne prononcent point ce r ... était encore libre et cons-
toutes les lois sont rée ... oin les sanglantes insurre-
relevée par l'école de ... odal vaincu était encore tou-
qu'ils n'ont pas défin ... les Allemands ont à un trop
entendre par statu ... celle du respect de l'autorité, ses
Savigny resout la ... volontiers (2). Nous croyons que si
partisans. ... en 1879, il aurait été moins resp...

Faut-il dema...
trine tradition... ème de la courtoisie internationale. Après
fait place à ... principe de l'égalité des lois étrangères
Savigny? A ... Savigny dit que l'on peut considérer cette
berlinois, il ... une concession courtoise des États souv...
personnel ... eulent bien permettre aux juges d'appliquer
tème de ... angères au même titre que les lois territoriales.
tiennen ... de cette étrange doctrine, Savigny cite comme
recuei... Huber et Story, les plus réalistes parmi les juris-
cepte ... qui professent la réalité des coutumes (3). Pour
pud... la contradiction est palpable. On ne peut servir
qu'i... maîtres à la fois, le droit et la courtoisie. La
C... la communauté de droit, il n'y a plus de place ...
m... courtoisie; et si c'est par convenance que Savigny
... la communauté de droit, son système a une bas...
... frêle; disons mieux, le droit ne peut jamais repos...
... cette base, puisque la courtoisie est la négation ...
droit.

Ces contradictions sont fâcheuses; elles prouvent ...
tout cas que Savigny est encore l'homme de la tradition ;
alors même qu'il innove. On a eu tort de le représenter ...

(1) Savigny, ... VIII, p. 26 et 27, § 348.
(2) ...
(3) Savigny, ... VIII, p. 28, et note ..., § 348.

he (1); il lui manque, au langage abstrait de on à ses admirateurs être rationnelles et elles une théorie rationnelle. en cause, il fallait sonder le étendue de la puissance souve- au milieu du dix-neuvième siècle s du droit féodal. Ce droit-là est me de sens ne songe à le ressusciter. on française, il y a une nouvelle théorie eté; ce n'est plus la puissance du proprié- al, c'est une mission imposée à un souverain. s sont souveraines, en ce sens qu'en elles se source des grands pouvoirs auxquels est délégué ce de la souveraineté. Or, les nations n'ont d'autre que les individus, c'est le perfectionnement des mmes et des sociétés humaines. Dans cet ordre d'idées, pouvoir absolu, exclusif du souverain n'a plus de sens; ne reste qu'une chose de l'ancienne souveraineté, c'est nécessité de conserver la société pour garantir les oits des individus et pour leur prêter appui et protection ns le travail de leur perfectionnement. Donc ce sont personnes et leurs droits qui tiennent la première ace dans l'ordre civil; les lois qui les régissent sont tes pour eux, c'est leur domaine, leur droit, et à ce re, l'accessoire, la dépendance de la personne; la sou- raineté n'y est pas intéressée, puisque la conservation la société n'est pas en cause. Dans ce nouvel ordre de oses, la souveraineté territoriale doit être reléguée rmi les vieilleries du moyen âge, c'est un anachronisme les invoquer alors qu'il n'y a plus de souverain féodal. s'il n'y a pas de puissance souveraine qui s'oppose à ce on applique des lois étrangères, à quoi bon maintenir courtoisie pour légitimer cette application? Encore une illerie qui disparaît avec la réalité des coutumes qui lui ait donné naissance.

) Phillimore, *Private international law*, Préface, p. XIII.

raineté absolue et exclusive, pourquoi Savigny la maintient-il, au moins en théorie, comme droit strict (1)? Peut-il y avoir un droit en opposition avec la nature des sociétés civiles et avec la nécessité des relations internationales? Il fallait nier hardiment la notion de la souveraineté absolue et exclusive, comme un débris du régime féodal. Si Savigny ne l'a point fait, n'en faut-il pas chercher la raison dans l'état politique de l'Allemagne? En 1849, la Prusse n'était encore libre et constitutionnelle que de nom : témoin les sanglantes insurrections de Berlin. L'esprit féodal vaincu était encore tout-puissant à la cour, et les Allemands ont à un trop haut degré une vertu, celle du respect de l'autorité, sous laquelle ils plient trop volontiers (2). Nous croyons que si Savigny avait écrit en 1879, il aurait été moins respectueux.

Il en est de même de la courtoisie internationale. Après avoir établi son principe de l'égalité des lois étrangères et nationales, Savigny dit que l'on peut considérer cette égalité comme une concession courtoise des Etats souverains qui veulent bien permettre aux juges d'appliquer les lois étrangères au même titre que les lois territoriales. A l'appui de cette étrange doctrine, Savigny cite comme autorité Huber et Story, les plus réalistes parmi les jurisconsultes qui professent la réalité des coutumes (3). Pour le coup, la contradiction est palpable. On ne peut servir deux maîtres à la fois, le droit et la courtoisie. Là où règne la communauté de droit, il n'y a plus de place pour la courtoisie; et si c'est par convenance que Savigny admet la communauté de droit, son système a une base bien frêle; disons mieux, le droit ne peut jamais reposer sur cette base, puisque la courtoisie est la négation du droit.

Ces contradictions sont fâcheuses; elles prouvent en tout cas que Savigny est encore l'homme de la tradition alors même qu'il innove. On a eu tort de le représenter

(1) Savigny, *System*, t. VIII, p. 26 et 27, § 348.
(2) « Die hohe Obrigheit. »
(3) Savigny, *System*, t. VIII, p. 28, et note *f*. § 348.

comme un jurisconsulte philosophe (1); il lui manque, au contraire, l'esprit philosophique. Le langage abstrait de la science allemande a fait illusion à ses admirateurs anglais; les formules ont l'air d'être rationnelles et elles cachent parfois l'absence d'une théorie rationnelle. Puisque la souveraineté est en cause, il fallait sonder le caractère, la mission et l'étendue de la puissance souveraine, au lieu de répéter au milieu du dix-neuvième siècle les maximes surannées du droit féodal. Ce droit-là est mort et pas un homme de sens ne songe à le ressusciter. Depuis la révolution française, il y a une nouvelle théorie de la souveraineté; ce n'est plus la puissance du propriétaire territorial, c'est une mission imposée à un souverain. Les nations sont souveraines, en ce sens qu'en elles se trouve la source des grands pouvoirs auxquels est délégué l'exercice de la souveraineté. Or, les nations n'ont d'autre but que les individus, c'est le perfectionnement des hommes et des sociétés humaines. Dans cet ordre d'idées, le pouvoir absolu, exclusif du souverain n'a plus de sens; il ne reste qu'une chose de l'ancienne souveraineté, c'est la nécessité de conserver la société pour garantir les droits des individus et pour leur prêter appui et protection dans le travail de leur perfectionnement. Donc ce sont les personnes et leurs droits qui tiennent la première place dans l'ordre civil; les lois qui les régissent sont faites pour eux, c'est leur domaine, leur droit, et à ce titre, l'accessoire, la dépendance de la personne; la souveraineté n'y est pas intéressée, puisque la conservation de la société n'est pas en cause. Dans ce nouvel ordre de choses, la souveraineté territoriale doit être reléguée parmi les vieilleries du moyen âge, c'est un anachronisme de les invoquer alors qu'il n'y a plus de souverain féodal. Et s'il n'y a pas de puissance souveraine qui s'oppose à ce qu'on applique des lois étrangères, à quoi bon maintenir la courtoisie pour légitimer cette application? Encore une vieillerie qui disparaît avec la réalité des coutumes qui lui avait donné naissance.

(1) Phillimore, *Private international law*, Préface, p. XIII.

418. Nous avons encore des réserves à faire contre les règles que Savigny établit pour déterminer la loi que l'interprète doit appliquer dans les diverses espèces. Est-il vrai que c'est la loi du domicile qui règle l'état et la capacité? Il y a un premier point qui est certain, et je le démontrerai dans la partie dogmatique de ces Etudes, c'est que cette doctrine est en opposition avec l'article 3 du Code Napoléon et avec les motifs sur lesquels il se fonde; le statut personnel dépend, non du domicile, mais de la nationalité. Si, d'après sa loi nationale, l'étranger n'est majeur qu'à 25 ans, il aura beau établir son domicile en France, où la majorité est fixée à 21 ans, il restera mineur, par l'excellente raison que la minorité et la majorité sont déterminées par les circonstances de race, de climat, de culture intellectuelle et morale, qui constituent la nationalité et qui n'ont rien de commun avec le domicile, lequel dépend uniquement de la volonté de la personne. Ici la volonté est impuissante. Est-ce que par hasard je suis pubère ou impubère parce que je le veux ainsi? et serai-je pubère à 12 ans, alors que par ma constitution physique, c'est-à-dire nationale, je ne le suis qu'à 15 ans? Je sais que Merlin est d'avis contraire; il admet, comme Savigny, que c'est la loi du domicile qui règle l'état des personnes. Mais l'opinion de ces grands jurisconsultes ne tient-elle pas au milieu dans lequel ils ont vécu? Merlin a été élevé sous l'empire de l'ancien droit français; à cette époque, la question des statuts s'agitait entre Français, donc entre nationaux, partant elle devait dépendre du domicile. De même, si Savigny pose comme principe que le domicile détermine le statut personnel, n'est-ce pas parce qu'en Prusse il y a des lois différentes pour les diverses provinces? C'est un état analogue à celui de l'ancienne France. Dans une pareille situation, la nationalité ne saurait être le principe dominant, puisque tous les justiciables sont des nationaux; il faut donc s'attacher au territoire (1).

419. On voit que Savigny, loin d'être un novateur,

(1) Comparez le tome Ier de mes *Principes de droit civil*, p. 127, n° 87.

est plutôt l'homme de la tradition. Cela s'explique. Il n'écrit pas un système de droit rationnel; son point de départ est le droit romain, tel qu'on le suit en Allemagne, et il commence toujours par discuter les textes romains. Or, la législation de Justinien est une mauvaise école pour apprendre à respecter et à aimer l'esprit de nationalité : le peuple roi a foulé aux pieds toutes les nations qu'il a rencontrées dans sa carrière sanglante de conquérant. La Prusse est aussi un Etat fondé sur la guerre et la conquête; des populations de race diverse y sont soumises à une même domination, et parmi elles les Polonais, dont l'annexion rappelle un des grands crimes de l'histoire, le partage d'une nation, comme si l'on partageait les peuples ainsi que l'on s'approprie des biens vacants et sans maître.

Serait-ce à ces circonstances politiques qu'il faut attribuer l'espèce d'indifférence que Savigny témoigne pour l'idée de nationalité? C'est plus que de l'indifférence; il méconnaît la valeur de l'élément national dans le développement de l'humanité et dans la science du droit international. A l'entendre, le territoire aurait remplacé la nationalité. Il est vrai que cela est arrivé dans certains Etats, et la Prusse est du nombre; les Slaves, les Polonais, les Allemands ne sont unis que par le lien du territoire. Ce fait a sans doute exercé de l'influence sur l'esprit de Savigny. Il remarque que l'élément national est tout-puissant chez les peuples barbares qui n'ont point d'assiette fixe; tels étaient les Germains, lors de l'invasion. Cet immense mouvement s'appelle, en allemand, la migration des peuples; même après leur établissement dans l'empire, les diverses tribus conservèrent leur caractère national. De là la personnalité du droit sous la domination des Francs. Au moyen âge, le droit devint territorial; c'était la marque d'une révolution profonde qui s'opérait dans la constitution des Etats : le territoire prenait la place de la nationalité. Le christianisme contribua à diminuer l'importance de l'élément national : universel de sa nature, il ne connaît ni Grecs, ni Barbares, et il tend à effacer les différences d'origine et

de race. Telle est la situation de l'Europe moderne (1).

Il y a bien des erreurs dans cette appréciation des nationalités. Sans doute, il faut aux nations un territoire, elles ne peuvent pas toujours être voyageuses. Les migrations sont le point de départ des nations modernes; elles finissent par se fixer sur le territoire que Dieu leur a destiné. C'est comme le corps qui est nécessaire à l'âme pour se manifester et agir; toujours est-il que c'est l'âme qui est l'élément essentiel de la personne, ce n'est pas le corps. De même ce n'est pas le territoire qui constitue la nation : la nationalité peut être toute-puissante, bien qu'elle ne soit pas attachée à un territoire déterminé. Y a-t-il dans toute l'histoire une nationalité plus caractérisée, plus brillante et plus glorieuse que celle des Grecs, et cependant il n'y avait pas de Grèce territoriale; la nation hellénique était éparpillée sur toutes les côtes, et partout elle répandit les semences de son admirable culture. Dire que le territoire remplace la nationalité, ce serait dire que le corps prend la place de l'âme. Non, Dieu donne aux nations un territoire qui est en harmonie avec la mission qu'il leur confie, mais le territoire ne constitue pas la nation. Sans doute il y a des idées et des sentiments communs à toutes les nations : telle est notamment la religion; mais la religion elle-même subit l'influence des nationalités : faut-il rappeler à un Allemand protestant que la réforme est germanique ? L'esprit d'individualité qui a produit le protestantisme anime aussi les populations germaniques dans leur vie civile; la personnalité est plus puissante et plus vivace chez les peuples de l'Europe que chez les nations asiatiques. En définitive, la nationalité est plus forte que les influences physiques du territoire et du climat. La race anglo-saxonne est aux Etats-Unis, dans l'Inde et dans l'Australie, ce qu'elle est dans les îles Britanniques.

420. Subordonnant la nationalité au territoire, Savigny n'a pas pu donner à l'élément national la place qui lui appartient dans notre science. Mancini lui a

(1) Savigny, *System*, t. VIII, p. 15-17, § 346.

adressé ce reproche, tout en rendant hommage à la science du professeur de Berlin (1). Savigny pose comme règle fondamentale que l'interprète doit rechercher le siége du fait juridique. Cela suppose que le droit a une assiette matérielle, territoriale, et comment une chose immatérielle aurait-elle un rapport avec le territoire? Qu'on veuille bien nous dire quel est le siége d'une obligation. Tout y dépend de la volonté de l'homme, comme Dumoulin l'a si bien démontré. C'est donc toujours à la personne qu'il faut revenir, et à la loi qui la régit, sauf qu'en cette matière la personne peut vouloir autre chose que ce que la loi a présumé (2). Il en est même ainsi des biens meubles et immeubles, que Savigny assujettit à la loi territoriale. Cela serait très exact si la loi avait pour objet direct les choses. Mais le droit ne figure pas parmi les sciences naturelles; c'est l'homme qu'il a en vue, alors même qu'il est question de biens. C'est donc toujours à la personne qu'il faut revenir. Le principe même de Savigny conduit à cette conséquence. Il veut que l'on considère la nature du fait juridique; or, les biens peuvent faire l'objet de faits juridiques très différents, car si tout le droit se rapporte aux personnes, il est vrai aussi que le droit touche toujours aux biens, car les intérêts pécuniaires aboutissent toujours aux biens mobiliers ou immobiliers, et sans intérêt, il n'y a pas d'action. Si le fait juridique est d'intérêt privé, la loi personnelle doit l'emporter sur la loi territoriale, à moins que le fait ne dépende de la volonté des parties. Si l'intérêt social est en cause, le statut territorial dominera le statut personnel, et à plus forte raison la volonté des parties, celle-ci étant toujours subordonnée au droit de la société.

421. Les règles que Savigny établit pour déterminer la loi qui doit être appliquée ont encore donné lieu à une autre critique. Il s'agit des lois que les statutaires appelaient réelles. Ils partaient du principe de la réalité des coutumes; mais cette maxime finit par faire place à la

(1) Mancini, dans le *Journal du droit international*, t. I, p. 287.
(2) Voyez, plus haut, ce qui a été dit sur Dumoulin, nos 271-274. Je reviendrai sur la théorie de Savigny dans la partie dogmatique de ces Etudes.

proposition inverse, à savoir que la personnalité est la règle et la réalité l'exception. Reste à déterminer les limites de l'exception. Wharton dit que l'exception, telle que Savigny la définit, emporte la règle (1). Ainsi il restreint au territoire les lois concernant des institutions que les peuples civilisés ne reconnaissent point. Qu'est-ce que la civilisation? C'est un fait très changeant et partant très incertain. L'esclavage, flétri aujourd'hui comme un crime, faisait jadis partie du droit des gens. Notre code pénal punit la bigamie, et la polygamie est consacrée par l'Ancien Testament, loi révélée! L'autre caractère auquel Savigny reconnaît les lois limitées au territoire est tout aussi vague. Qu'est-ce que des lois strictement impératives ou prohibitives? Tout, en cette matière, dépend de la volonté du législateur. Mais quand il garde le silence, on demande comment l'interprète connaîtra l'intention de l'auteur de la loi. Cela est d'un vague excessif, dit Bar (2). Je ne m'arrête pas à cette critique; Savigny avoue que la difficulté est grande; j'y reviendrai dans la partie dogmatique de ces Études.

422. Ces critiques ne portent aucune atteinte à la gloire de Savigny. Que l'on mette sa doctrine en regard du réalisme des Anglo-Américains, et l'on comprendra l'immense service qu'il a rendu à la science en mettant la communauté de droit à la place de la souveraineté territoriale. Il a eu tort de faire une concession à la théorie traditionnelle en admettant comme droit strict le principe de la souveraineté tempéré par la courtoisie. Mais la concession n'est qu'apparente. Le droit strict n'est qu'une abstraction; lui-même le déclare impraticable, et qu'est-ce qu'un droit d'une application impossible? Quant à la courtoisie, Savigny y attache une tout autre idée que les réalistes. Ceux-ci nient qu'il y ait un lien juridique entre les peuples; à leurs yeux, la courtoisie prend la place du droit, mais elle n'a rien d'obligatoire; il dépend de la pure volonté de chaque souverain d'accorder ou de refuser l'application des lois étrangères. Telle n'est certes pas

(1) Wharton, *Conflict of laws*, p. 87, § 94.
(2) Bar, *Das internationale Privat-Recht*, p. 109-111, § 33.

ensée de Savigny; il ne considère pas la courtoisie me une concession arbitraire et changeante au gré de olitique; c'est plutôt un développement du droit interonal (1). S'il en est ainsi, Savigny n'a qu'un tort, c'est e servir d'une expression qui signifie tout le contraire e qu'il lui fait dire. Dans sa doctrine, il s'agit de t et non de courtoisie; or, le droit implique l'idée ligation; chaque Etat est donc juridiquement tenu toriser l'application des lois étrangères. Ces lois, en ce qui concerne les intérêts privés, sont mises sur la ne ligne que les lois territoriales; les juges les applint indifféremment dans les procès internationaux, en enant compte que de la nature du fait juridique. La ance est grande entre cette doctrine et celle des réas, et le progrès considérable. Il n'est plus question e souveraineté territoriale, absolue et exclusive : une ille puissance conduit à l'isolement hostile des ples; elle fait place à une communauté de droit entre nations; et cette idée repose sur le mouvement prodix qu'ont pris les relations internationales; il serait i impossible de les arrêter que d'arrêter le cours du il. Il faut, au contraire, les faciliter et les favoriser; e sens, il y a un devoir de courtoisie à reconnaître ois étrangères; mais ce devoir ne dépend pas plus de olonté arbitraire des princes que le mouvement qui donné l'idée. C'est le principe de l'unité humaine s le domaine du droit privé.

Savigny, *System*, t. VIII, p. 27-29, § 348.

CHAPITRE VI.

LE PRINCIPE DE NATIONALITÉ.

§ Ier. *Influence de la nationalité sur le droit international privé.*

No 1. Qu'est-ce que la nationalité?

I

423. Je viens de dire que, dans la doctrine consacrée par le Code Napoléon, les lois dites personnelles dépendent de la nationalité. C'est un principe d'une haute importance. Il ne reçoit pas seulement son application aux lois qui concernent l'état et la capacité des personnes : toute loi, en général, est personnelle, en ce sens que la loi nationale de la personne régit tous les faits juridiques où elle intervient, sauf ceux qui dépendent de la pure volonté des parties intéressées, et sauf la réalité des lois qui sont de droit public. En effet, les motifs pour lesquels les lois d'état sont nationales et, à ce titre, personnelles, s'appliquent à toutes les lois privées. Les Romains les appelaient droit civil, parce qu'elles étaient une dépendance de la cité; voilà pourquoi les citoyens seuls en jouissaient et les étrangers en étaient exclus. Il y avait ceci de vrai dans la théorie romaine, c'est que les éléments qui constituent la nationalité influent nécessairement sur les notions juridiques. Les jurisconsultes remarquent que la puissance paternelle, telle qu'elle existait à Rome, n'était reconnue par aucun autre peuple. On peut en dire autant de l'idée même de puissance, idée essentiellement romaine, qui ne se rencontre pas ailleurs. Dans les coutumes germaniques, la puissance devient une protection. Ce caractère particulier du droit de Rome se trouve aussi dans les dispositions relatives aux biens; le droit héréditaire des Romains diffère totalement du droit héréditaire de nos coutumes. Les Romains ignoraient le droit d'aînesse et de masculinité, l'exclusion des femmes; ils n'avaient aucune idée de la

maxime fondamentale de notre ancien droit : *Paterna paternis, materna maternis*. La réserve coutumière leur était inconnue, ainsi que le régime de communauté. Il en est de même dans les temps modernes. La *common law* des Anglo-Américains diffère à tel point de notre droit français, que nous ne comprenons pas même les termes techniques qui sont en usage chez nos voisins d'outre-mer et bien moins encore le fond du droit qui leur est particulier. A quoi bon insister? Beaumanoir dit qu'il n'y avait pas deux châtellenies qui, en tout, usassent du même droit. Le droit a été ramené à l'unité en France, après que l'unité politique eut été étendue à tout le royaume; mais de nation à nation la diversité subsiste; elle tient aux entrailles mêmes des nationalités. Les Anglais disent qu'ils vivent dans leur *common law*, que ce droit ne les quitte jamais, ni jour ni nuit, et qu'il les accompagne partout. La raison en est que la nationalité anglaise est fortement trempée, et le droit en est une expression. Ce qui est vrai de l'Angleterre, est vrai de toutes les nations : leur droit est une manifestation de la vie nationale; or, on ne se dépouille pas de sa nationalité, pas plus qu'on ne commence une vie nouvelle en allant d'un pays à un autre. Donc le droit privé est attaché tout entier à la personne, et la personne étant reconnue partout comme un être juridique, l'égalité que l'on admet entre les étrangers et les nationaux doit avoir pour conséquence que chaque personne soit régie par sa loi nationale. Tel est le principe fondamental de l'école italienne du dix-neuvième siècle : c'est aussi le mien; je l'ai professé dans mes *Principes de droit civil*, à une époque où je ne connaissais pas les travaux des jurisconsultes italiens; cette coïncidence est un fait remarquable, elle témoigne pour l'universalité des principes qui se produisent à une certaine époque, bien que les hommes qui les suivent n'aient aucun rapport entre eux.

424. De là l'importance du principe de nationalité; c'est la base de notre science, mais la difficulté est grande quand il s'agit de la définir. L'humanité est partagée en Etats divers dans la plupart desquels il y a un élément national qui domine. On connaît le mot du comte de

Maistre : « Je n'ai jamais vu l'espèce *hommes*; j'ai toujours rencontré des Français, des Allemands, des Anglais. » Les Espagnols méritent de figurer dans la liste des nations, et les Italiens y ont conquis une place en versant le plus pur de leur sang sur les échafauds et sur les champs de bataille. Toutefois il y a encore des Etats où diverses nationalités coexistent, tels que l'Autriche, la Russie, l'empire britannique; mais les difficultés, tous les jours plus sérieuses, qui surgissent du conflit des races prouvent que ce n'est pas là une situation normale. Même parmi les nations les plus caractérisées, il se rencontre un mélange de populations diverses; en France, en Angleterre, en Italie la fusion s'est faite; en Allemagne il y a toujours des déchirements. Je ne parle pas des autres Etats qui renferment des éléments divers. Ne serait-ce pas une preuve que l'Europe est encore dans une situation provisoire? Cela est vrai surtout de cet Etat immense qui s'étend sur deux continents : la Russie est un empire ressemblant à la domination des Perses plutôt qu'à une nation. Quant aux Turcs, ils sont campés en Europe, et l'on peut dire, sans jeu de mots, qu'ils ont commencé par en décamper. Tant que l'Europe n'est pas définitivement constituée, il est difficile de définir les nationalités. Toutefois il y a certains caractères sur lesquels on s'accorde; notre science reposant sur la personnalité, laquelle est identique avec la nationalité, on ne peut pas éluder la question ni ajourner indéfiniment la réponse.

425. L'idée de nationalité implique que chaque nation a un territoire qui lui est nécessaire pour vivre et se développer. Ce territoire, en principe, doit être limité, déterminé par la nature, s'il est vrai, comme je le crois, que les nations sont de Dieu. C'est l'élément territorial de la nationalité ; on le désigne sous le nom de frontières naturelles. L'Italie a ses limites naturelles dans les Alpes et la mer, comme le dit le grand poète italien. Pour d'autres nations, le fait est contesté; il faut attendre la décision du Juge suprême.

Le territoire a une liaison intime avec le climat. On



naît les systèmes d'Hippocrate et de Montesquieu; ssés à bout, ils détruiraient la liberté humaine. Cela npêche pas que l'influence du climat sur la vie physi- des peuples et, par suite, sur leur vie intellectuelle et ale, soit certaine. Le climat joue un grand rôle dans liversité des races, fait aussi incontestable que celui nationalités et tout aussi difficile à expliquer. Les x faits, du reste, ne se confondent pas, puisqu'il y a nations nombreuses qui appartiennent à la même . Ni la nationalité ni la race n'empêchent l'unité du re humain. Dieu a répandu dans toute la création les x éléments de diversité et d'unité; on ne doit pas nier faits, il faut chercher à les concilier, en donnant à cun la place qui lui est due. Dans notre science, les x éléments ont une importance capitale; l'élément onal conduit à la diversité du droit, laquelle doit rmoniser avec l'unité de l'humanité. C'est l'objet du it international privé.

La langue est un des éléments les plus essentiels de la onalité. Un philosophe allemand, Fichte, va jusqu'à que la langue est la nation, et rien ne paraît plus urel; la langue est l'expression de nos idées et de nos timents; quand les langues diffèrent, on peut être sûr il y a des différences profondes dans le développement ellectuel et moral. Toutefois, ce caractère de la natio- ité n'est pas universel, ni par conséquent décisif. nité absolue de langue n'existe nulle part, pas même ez les peuples dont la nationalité est incontestable.

Il y a un caractère qui résume tous ceux que l'on mère comme éléments de la nationalité. Quand on dit il y a des nations diverses, cela implique qu'elles se tinguent par un esprit individuel, de même que les ividus ont des facultés diverses qui accusent une mis- n différente. Les nations ont aussi leur individualité leur mission; elles les tiennent de Dieu, comme les mmes; c'est la marque que le Créateur leur a imprimée, qui constitue leur droit à une vie séparée, libre et lépendante. Qui ne connaît les beaux vers de Virgile il décrit la mission providentielle de Rome? *Tu regere*

imperio populos, Romane, memento, etc. Ce que Virgile dit du peuple-roi, l'histoire le répète pour tous les peuples; là où il y a des facultés diverses, un génie divers, il y a une mission diverse. Si Dieu a donné à chaque individu, à chaque nation des facultés et une vocation différentes, c'est que la vie a des faces multiples et infinies, qui toutes doivent recevoir leur développement; le but est le même, le perfectionnement, œuvre sans fin, mais les moyens diffèrent, et tous s'harmonisent en concourant au but suprême (1).

II

126. Le principe de nationalité est une idée moderne; elle ne s'est manifestée qu'à la fin du moyen âge; la réforme lui a imprimé une force nouvelle, en lui donnant la consécration religieuse; mais c'est seulement de nos jours qu'elle a pris corps dans la vie réelle. Pendant des siècles la diplomatie n'en a tenu aucun compte. Les traités partageaient les peuples comme des troupeaux, ou comme des terres dont on déplace les bornes à volonté; les diplomates n'avaient pas le moindre souci, on dirait qu'ils n'avaient pas même le soupçon du droit des nations dont on jetait un lambeau à tel prince, un lambeau à tel autre. La science ne se préoccupait pas plus des nations que la diplomatie. Mancini remarque que, chez Grotius et ses successeurs, il n'est jamais question des nations; les Etats seuls figurent dans les ouvrages sur le droit des gens, et les rois disaient : L'Etat, c'est moi. Puis sont venus les historiens qui célèbrent les rois comme représentants des nations; la vérité est que les rois, égoïstes de leur nature, n'ont jamais pensé qu'à leur ambition personnelle; si l'égoïsme royal a servi à constituer les nations, il en faut rendre grâces à Dieu, qui tourne au bien les mauvaises passions des hommes. Il a fallu que les nations

(1) Je renvoie aux beaux discours de Mancini sur la nationalité (*Diritto internazionale*, p. 28 et suiv., 189 et suiv. Comparez mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. I, p. 68 et suiv., et le volume intitulé les *Nationalités*, t. X.

devinssent souveraines pour que leur liberté et leur indépendance fussent reconnues.

Dans une Etude qui a pour objet de remonter aux principes de notre science, les décrets de la Révolution française doivent trouver une place. Proclamant la liberté et l'égalité des hommes, la Révolution devait aussi respecter la liberté et l'égalité des nations. Lorsque l'Assemblée nationale discuta la grave question du droit de guerre, Volney proposa une déclaration de principes ; c'est l'expression de la pensée des hommes de 1789. Je vais la transcrire :

« L'Assemblée nationale déclare solennellement :

« 1° Qu'elle regarde l'universalité du genre humain comme ne faisant qu'*une seule et même société*, dont l'objet est la paix et le bonheur de tous et de chacun de ses membres ;

« 2° Que, dans cette grande société, les *peuples* et les *Etats*, considérés comme individus, *jouissent* des mêmes *droits naturels*, et sont *soumis* aux mêmes *règles de justice* que les *individus* des sociétés partielles ;

« 3° Que par conséquent nul *peuple* n'a le droit d'envahir la propriété d'un autre *peuple*, ni de le priver de sa liberté et de ses avantages naturels ;

« 4° Que toute guerre entreprise pour un autre objet que la défense d'un droit juste est un acte d'oppression qu'il importe à la *grande société* de réprimer, parce que l'invasion d'un Etat par un autre tend à menacer la liberté et la sécurité de tous ;

« Par ce motif, l'Assemblée nationale a décrété et décrète comme article de la constitution : Que la nation française s'interdit de ce moment d'entreprendre aucune guerre tendant à accroître son territoire actuel (1). »

Les faits furent loin de répondre à cet idéal. Infidèle à ses principes, la Révolution devint conquérante, et l'Empire enivra la nation de gloire militaire, puis le dernier des Napoléon la conduisit au bord de l'abîme ; elle ne s'est sauvée que mutilée, et ce sacrifice imposé à une grande

(1) Comparez mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. XV (*l'Empire*), p. 68 et suiv.

nation présage de nouvelles luttes ; elles ne cesseront que lorsque les nations, devenues plus sages, se contenteront du territoire que Dieu leur assigne comme théâtre de leur activité. Malheureusement elles ont été à mauvaise école; l'égoïsme des rois s'est transmis aux peuples; il faut que l'instruction et l'éducation répandues à flots transforment les sentiments et les idées; ce n'est qu'à cette condition que les nations méritent d'être souveraines, et le premier usage qu'elles devront faire de leur souveraineté sera de revenir aux principes proclamés en 1789 : la société du genre humain régie par le droit, la liberté et l'égalité.

427. Le principe de nationalité, si longtemps méconnu, s'est fait jour au dix-neuvième siècle dans les révolutions, ces grandes manifestations de la justice divine; il n'y en a pas de plus saintes que celles qui rendent la vie à une nation victime de la force. La Grèce a inauguré le mouvement. Chose singulière : la diplomatie, forcée par l'explosion de l'opinion publique, prêta la main à l'œuvre. En 1830, la Belgique a repris son nom et ses antiques traditions; la diplomatie se vit de nouveau obligée de consacrer cette victoire du droit sur le fait. Puis vint le tour de l'Italie. Telle est la puissance de l'idée de nationalité, que l'Europe monarchique assista les bras croisés à la démolition des traités de Vienne. Il y a un droit supérieur aux traités, c'est celui des nations. Les révolutions nationales ne font que commencer : elles feront le tour du monde. L'Allemagne a fait la sienne par la force des armes; on doit le regretter, la force est un mauvais fondement pour le droit.

Nulle part le sentiment national n'a été aussi puissant qu'en Italie. Dans leur étroitesse d'esprit, les diplomates proclamaient que l'Italie n'était qu'un nom géographique; ils ne se doutaient pas que les peuples ont une âme, immortelle comme l'âme humaine, quand ils méritent d'être une nation. On pouvait craindre que les rivalités locales qui avaient si longtemps empêché la formation de l'unité italienne ne fussent un obstacle insurmontable. A vrai dire, c'est la papauté qui était le grand obstacle; Machiavel, ce grand patriote, l'avait deviné. Heureusement

qu'au dix-neuvième siècle les papes ne sont plus qu'une vaine ombre. Le génie politique des Italiens a été à la hauteur de l'œuvre glorieuse qu'ils ont accomplie. Il fallait plus que l'esprit politique, il fallait le dévouement à une noble cause, et l'enthousiasme d'une race à qui Dieu a prodigué ses dons les plus beaux.

Le sentiment national, si profond en Italie, a eu du retentissement dans le domaine de la science. Je dis mal : la science a nourri le feu sacré dans la jeunesse italienne, et elle a sa part dans la victoire. La science, dit Mancini, n'est pas une affaire de vaine curiosité. Ce sont les idées qui gouvernent le monde ; les hommes qui leur servent d'organes, maîtres et élèves, ont pour mission d'agir et de donner la vie à la pensée, en payant de leur personne, et, s'il le faut, de leur sang. Voilà les fortes paroles que Mancini, exilé de Naples, sa patrie, adressait à la jeunesse italienne, qui accourait à Turin pour l'entendre. C'était le lendemain de la bataille de Novare. L'Italie avait versé son sang pour conquérir l'unité et l'indépendance. Elle était vaincue. Va-t-elle désespérer de l'avenir et se courber devant le vainqueur? Les apôtres de l'idéal ne désespèrent jamais. Au moment même de la défaite, Mancini prophétisa la victoire de la nationalité italienne, et, quelques années après, la prophétie était devenue une réalité. Les idées ne succombent pas sur le champ de bataille, elles sont immortelles. Tel est le principe de nationalité ; il est impérissable parce qu'il est de Dieu (1).

Faut-il s'étonner de l'enthousiasme des Italiens pour le principe de nationalité qui constitue leur vie? Ils l'ont transporté dans la science; la science les a aidés à vaincre. Avant la victoire, le principe était un instrument de lutte; après la victoire, il fut salué comme le fondement de la science du droit international. Dans le domaine de la science, comme sur les champs de bataille, l'idée a trouvé des contradicteurs. Nous allons entendre les écrivains italiens, puis je répondrai aux objections que l'on a

(1) Mancini, *Diritto internazionale*, p. 88-90, 169-171.

élevées contre le principe de nationalité dans notre science.

N° 2. PERSONNALITÉ ET NATIONALITÉ.

I

428. Le principe de la personnalité est généralement reconnu en ce qui concerne l'état et la capacité des personnes. Cela veut dire que les lois personnelles ont effet partout où la personne figure dans un fait juridique. Les uns admettent cette extension à titre de droit, les autres invoquent la courtoisie internationale; peu importe, pour le moment. Il s'agit de savoir d'abord quel est le lien entre la personnalité et la nationalité. Pour les lois qui règlent l'état et la capacité des personnes, le lien est de toute évidence; j'en ai souvent fait la remarque, et il va sans dire que l'école italienne abonde dans notre opinion. Pourquoi est-on majeur ici à vingt ans, là à vingt-cinq? Pourquoi les mineurs ne peuvent-ils se marier ici qu'à quinze ans, tandis qu'ailleurs la loi leur permet de contracter mariage à douze ans? Mancini répond : « L'individu venant des pays froids, où la nature est alanguie et le développement des facultés physiques et morales tardif, reste avec raison, d'après les lois de son pays, dans un état de minorité et d'incapacité pour un temps plus long qu'il ne le serait d'après les lois d'un pays chaud, vivifié par le soleil du Midi. Si en voyageant il arrivait dans un pays du Midi et y fixait sa demeure, acquerrait-il instantanément, par ce fait, les qualités physiques et morales qui lui manquent pour qu'il soit majeur et capable? »

Si donc les lois d'état sont personnelles, c'est parce qu'elles sont le produit de ces mille et une circonstances physiques, intellectuelles et morales, qui constituent la nationalité : elles sont personnelles parce qu'elles sont nationales; elles doivent par conséquent suivre la personne partout, parce qu'elle porte sa nationalité avec elle; des lois nationales on peut dire tout ce que les anciens juristes disaient des statuts personnels : elles tiennent plus qu'à nos os, elles circulent dans nos veines avec notre sang.

puisque nous recevons notre nationalité avec le sang que nos parents nous transmettent. Cela n'est-il vrai que des lois d'état et de capacité? J'ai répondu d'avance à la question (n° 409). Mancini établit le principe dans les termes les plus généraux : « Le climat, la température, la situation géographique, montagneuse ou maritime, la nature et la fertilité du sol, puis la diversité des besoins et des mœurs déterminent chez chaque peuple, avec une prépondérance presque entière, le système des *rapports de droit* (1). » Quoi de plus naturel? Qui joue le grand rôle dans les faits juridiques? L'homme, la personne; rien de ce qui concerne le droit n'est étranger à la personnalité humaine, et cette personnalité est inséparable de la nationalité; donc toutes les lois sont essentiellement nationales. Mancini cite les relations de famille. L'état des membres de la famille y joue un grand rôle; autres sont les droits des enfants légitimes, autres ceux des enfants naturels. Ces droits, en tant que patrimoniaux, n'étaient pas des statuts personnels, d'après l'ancienne terminologie : les enfants savent, disait d'Argentré, que les lois de succession sont réelles. Il en est autrement dans la doctrine moderne. La famille est la base de la nationalité, donc les droits de famille font partie du droit national, et partant les lois qui les établissent sont personnelles.

Est-ce à dire que toutes les lois soient personnelles, comme, au moyen âge, on disait que toutes les coutumes sont réelles? Les statutaires exceptaient de la réalité toutes les dispositions qui dépendent de la volonté humaine, et ils leur donnaient effet hors du territoire. Dans la doctrine qui admet la personnalité ou la nationalité comme règle, il faut dire que les faits juridiques où la volonté de l'homme domine ne sont pas assujettis à la loi nationale des personnes qui y figurent; le législateur n'entend leur imposer aucune règle, il se borne à prévoir ce qu'elles veulent, en leur permettant de vouloir autre

(1) C'est l'expression allemande, *Rechtsverhältnisse*. La traduction française ou italienne rend la phrase lourde et obscure Je préfère le mot *fait juridique*, qui est encore plus général.

chose ; tout dépend donc de leur volonté, et ce qu'elles veulent leur tient lieu de loi ; donc il leur est permis de s'écarter de leur loi nationale, qui, en réalité, n'est pas une loi.

Il y a d'autres lois qui tiennent à l'ordre social. Celles-là dominent la volonté des parties intéressées et leur nationalité. Les particuliers ne peuvent jamais opposer leur droit au droit de la société ; si cela est défendu aux indigènes, à plus forte raison cette prohibition s'étend-elle aux étrangers. Quant à la nationalité, tous les peuples ont un intérêt égal à ce que leur existence soit sauvegardée ; ils doivent donc réciproquement respecter les lois qui touchent à l'existence et à la conservation des sociétés. En ce sens, il y a toujours des lois réelles et souveraines, comme disaient les réalistes ; seulement nous ne disons plus que toutes les coutumes sont réelles, nous réduisons la réalité aux lois de droit public ou social (1).

429. Les légistes qui tiennent avec tant de ténacité au principe de la réalité des coutumes croient que la souveraineté exige que les lois, toutes-puissantes dans le territoire pour lequel elles sont faites, ne dépassent pas les limites dans lesquelles s'exerce la souveraineté. S'il était vrai que la souveraineté fût compromise par le système de la personnalité ou de la nationalité des lois, il faudrait le répudier. J'ai dit souvent que l'objection est fondée sur une fausse notion de la puissance souveraine. C'est ce que l'école italienne établit parfaitement. Il s'agit de savoir en quoi consiste la souveraineté. Les réalistes pensent que la puissance souveraine doit embrasser toutes les personnes et toutes les choses qui se trouvent sur le territoire ou qui le composent. C'est le système féodal, qui confond la souveraineté avec la propriété. Les publicistes italiens disent, comme moi, que la souveraineté est une mission plutôt qu'un pouvoir ; elle a pour objet la défense

(1) Mancini, *Rapport fait à l'Institut de droit civil international* (*Journal de droit international privé*, t. I, p. 293 et suiv.). Comparez Fiore, *Diritto internazionale privato*, IV, 25, p. 38. Carle, *la Faillite dans le droit international privé* (traduction de Dubois, professeur à la faculté de droit de Nancy), p. 16 et suiv.

et la conservation de la société, et elle doit être investie des droits qui lui permettent de remplir sa mission. Chaque nation, dit Fiore, s'organise politiquement de la façon la plus conforme aux besoins des associés et à leur degré de civilisation; elle a le droit de déterminer les conditions nécessaires à sa conservation. La souveraineté assure, en conséquence, le développement régulier des libertés individuelles et elle en réprime les abus; elle pourvoit aux intérêts administratifs, économiques et militaires; elle protége les droits de ceux qui vivent sur son territoire. Les avis diffèrent toujours sur l'étendue de la puissance souveraine, mais personne ne conteste que dans les limites qui lui sont assignées par les diverses constitutions, elle n'ait le droit de faire des lois pour la conservation de la société, lois qui, à ce titre, sont strictement obligatoires pour toute personne, les étrangers comme les indigènes (1).

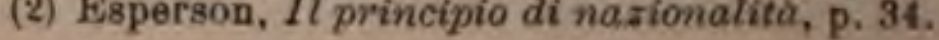
Ce principe sauvegarde pleinement le droit de souveraineté. Il y a, dans les rapports internationaux comme dans les rapports nationaux, une sphère où domine le droit de la société et une autre où domine le droit de l'individu : la société est souveraine dans sa sphère et l'individu dans la sienne. S'agit-il d'une loi de droit public, qui concerne la conservation de la société, tous les droits particuliers lui sont subordonnés; l'étranger ne peut lui opposer son droit national, parce qu'il n'a jamais le droit de compromettre l'existence de la société dont il réclame l'appui pour le maintien de ses intérêts: la prétention serait contradictoire dans les termes. La nation, dont il est membre, est au contraire, intéressée à la conservation des autres nations autant qu'à la sienne; car si, au nom du droit national, on pouvait attaquer une nationalité étrangère, on pourrait, au nom du même droit, attaquer la sienne. Chaque nation a donc intérêt à ce que les autres puissent se défendre et se conserver : c'est une garantie pour toutes les nationalités. Mais quand il s'agit d'inté-

(1) Fiore, *Diritto internazionale privato*, Preliminari, cap. IV, n° 24, page 38.

rêts privés, la souveraineté est hors de cause, et par conséquent chaque nation peut et doit permettre à l'étranger d'invoquer son droit personnel, c'est-à-dire national. Bien loin que l'extension des lois personnelles compromette la souveraineté nationale, elle en est la consécration éclatante ; car c'est à titre de lois nationales que les lois personnelles reçoivent partout leur application (1).

430. Esperson formule la conclusion de l'école italienne dans les termes suivants : « Chacun peut invoquer partout la loi de sa nation, pourvu qu'elle ne porte pas atteinte au droit public de l'Etat devant les tribunaux duquel il en demande l'application. » Le principe implique l'obligation, pour les juges de chaque Etat, d'appliquer la loi étrangère invoquée devant lui, au même titre que la loi indigène, pourvu qu'elle ne soit pas en opposition avec le droit public de l'Etat, c'est-à-dire avec les dispositions qui concernent l'ordre public et les bonnes mœurs (2). Cette dernière formule est celle du code italien ; j'y reviendrai. Le principe est beaucoup plus large que celui de Savigny. Il doit toutefois être restreint aux faits juridiques qui, par leur nature, sont régis par la loi nationale de l'étranger, comme je l'ai dit plus haut (n° 428); s'il s'agit de faits qui dépendent uniquement de la volonté des parties intéressées, c'est la loi que les parties ont eue en vue, et à laquelle elles se sont soumises, que le juge devra appliquer : telles sont les conventions. Il se peut que les parties contractantes appartiennent à des nations différentes. Dans ce cas, il faut voir quelle est leur intention, et, si elles ne l'ont pas exprimée, le juge doit chercher quelle a été leur volonté, d'après toutes les circonstances de la cause. Dans l'application, le principe de l'école italienne donne lieu à bien des difficultés ; toutefois il est plus simple et plus rationnel que celui de Savigny, et à plus forte raison est-il supérieur à la doctrine des statutaires. Les Italiens formulent plus nettement que Savigny ne l'avait fait l'obligation stricte pour le juge d'appliquer la

(1) Esperson, *Il principio di nazionalità*, p. 31-33. Fiore, *Diritto internazionale privato*, Preliminari, IV, 26 et 27, p. 39 et 40.
(2) Esperson, *Il principio di nazionalità*, p. 34.



loi étrangère, à titre de loi nationale. Il n'est plus question de courtoisie; les Italiens la rejettent formellement (1); l'école italienne n'admet pas qu'un Etat puisse défendre l'application des lois étrangères, bien entendu si ces lois ne blessent en rien son droit public. Mancini a nettement formulé l'obligation qui incombe à tous les Etats, dans le cours qu'il a professé en 1853, à l'université de Turin :

« Le traitement des étrangers ne peut pas dépendre de la *comitas* et de la volonté souveraine et arbitraire de chaque Etat. La science ne peut considérer ce traitement que comme un devoir rigoureux de justice internationale, auquel une nation ne peut pas se soustraire sans *violer le droit des gens,* sans rompre le lien qui unit l'espèce humaine dans une grande *communauté de droit,* fondée sur la communauté et la sociabilité de la nature humaine (2) ». J'admets cette communauté de droit, c'est le principe de Savigny, et j'ai bien des fois établi les principes sur lesquels elle se fonde. Mais l'obligation qui en résulte pour chaque Etat de permettre l'application des lois étrangères, est loin d'être reconnue; l'Italie seule l'a consacrée dans son code; les Anglo-Américains la nient, et admettent à peine un devoir moral sous le nom de courtoisie (*comity*); ailleurs les litiges internationaux sont abandonnés à une déplorable incertitude. La doctrine italienne n'est encore qu'une théorie. Comment deviendra-t-elle un droit positif? Il n'y a qu'un moyen, ce sont les traités. Personne ne l'a mieux compris que Mancini. Je dirai plus loin qu'il a mis la main à l'œuvre; s'il a échoué, c'est que le temps n'est pas venu, mais il viendra, et alors on glorifiera Mancini et l'école italienne de la généreuse initiative que l'Italie a prise en consacrant, la première, dans ses lois le respect du droit national de l'étranger.

(1) Lomonaco, *Diritto civile internazionale*, p. 40 et 41.
(2) Mancini, *Rapport fait à l'Institut du droit international* (*Journal du droit international privé*, t. I, p. 230).

II

RÉPONSE AUX OBJECTIONS.

431. Le principe de nationalité, comme base du droit international privé, a soulevé des objections sérieuses. A l'époque où Savigny publia le huitième volume de son *Système de droit romain*, la nationalité italienne se débattait encore sous l'étreinte de l'Autriche; il n'était pas question d'une école italienne de droit civil international. Toutefois on commençait à parler de nationalité, dans le domaine du droit des gens; Savigny devina le mouvement scientifique qui allait bientôt se produire; dans la préface de son traité, il lui oppose une fin de non-recevoir : « Un droit qui s'appelle *international* peut-il reposer sur la *nationalité?* Le droit international suppose qu'il existe un droit universel, commun à tous les peuples; tandis que la nationalité éveille l'idée d'un droit spécial, expression d'un génie particulier. Comment concilier l'universalité et la particularité? Le droit national doit, au contraire, se fondre dans le droit international (1) ». Il me semble qu'il y a dans cette manière de voir une confusion d'idées. Savigny paraît croire que le droit international privé sera un droit unique, le même pour tous les peuples, droit dans lequel les lois nationales se confondront, comme les fleuves dans l'Océan. A mon avis, il n'y aura pas plus de droit universel que de monarchie ou de république universelle; les nations sont de Dieu, et elles conserveront toujours leur individualité, donc aussi leur droit particulier, une des faces les plus importantes de la vie individuelle. Serait-ce là un obstacle à la formation d'un droit international privé? Non certes. L'école italienne n'a pas pour idéal un droit unique, le même pour toutes les nations ce serait un faux idéal qu'il faut laisser aux utopistes. Elle tient trop à la nationalité, pour faire jamais le sacrifice de son droit national. Les

(1) Savigny, *System*, t. VIII, Vorrede, p. VI.

ns veulent, au contraire, que le droit de chaque
n soit reconnu et appliqué partout, en tant qu'il est
atible avec l'ordre social de l'Etat, où l'on en
nde l'application. C'est cette reconnaissance de la
ationale de chaque peuple, cette force obligatoire
nue à toutes les lois particulières, qui constitue l'élé-
international. La seule chose qui, dans cet ordre
es, soit commune à toutes les nations, c'est la com-
uté de droit que Savigny a la gloire d'avoir le pre-
nettement formulée. Il est donc, au fond, d'accord
l'école italienne; seulement celle-ci rattache le droit
nationalité, tandis que Savigny en fait une dépen-
e du domicile, ce qui n'est pas rationnel.

2. Loin d'être contradictoire, la doctrine italienne tient
te des deux éléments de nationalité et d'humanité en
nciliant. Bien que l'Italie fût divisée en un grand
re de républiques et de principautés, le génie italien
jours eu un caractère singulier de grandeur et d'uni-
lité; alors même qu'il aspirait à l'indépendance
nale, il n'oubliait pas l'unité humaine. Mancini dit
bien que c'est une erreur de croire, ou que les
ns doivent vivre d'une existence isolée, ou qu'elles
nt se perdre dans une unité absolue. Ce serait aller
e les desseins de Dieu, qui a répandu dans toute la
ion une variété immense en même temps qu'une
supérieure. La nationalité n'exclut certes pas la vie
iduelle; plus celle-ci est forte et puissante, plus la
n aura de force et de vigueur. Il en est de même des
ns et de l'humanité. Il faut concilier les deux éléments
riété et d'unité, comme le Créateur les a conciliés;
cter, par conséquent, l'indépendance des nations,
n les associant pour l'accomplissement de leur des-
commune. C'est ce que l'école italienne fait sur le
n du droit international privé: elle maintient le droit
national, et lui donne autorité dans tous les Etats,
n armant chaque nation contre les lois étrangères qui
aient porter atteinte à son existence ou à sa conser-
n. Mancini conclut que l'objection que l'on fait à
e italienne repose sur un malentendu; elle ne veut

ni l'égoïsme national, ni un vague cosmopolitisme : son idéal est la *coexistence* et l'*indépendance* de *toutes les nations*, sous la *loi universelle du droit* (1). Telle a toujours été la tendance du génie italien. Mancini aime à citer les profondes paroles de Vico, qui a deviné plutôt que formulé la science nouvelle, en disant que ce sera le *droit naturel* de l'*humanité des nations* (2). Le langage est étrange : mais quelle hauteur de vues il révèle !

Il n'est pas question chez les écrivains italiens de cet égoïsme national que l'on décore du nom de courtoisie. L'idée de la souveraineté *territoriale* leur paraît une notion grossière de la puissance souveraine. Toutefois, quoique idéalistes, ils comprennent, en se plaçant au point de vue du gouvernement providentiel, cette première révolution du droit international qui rapporte tout à l'intérêt. Carle, professeur à l'université de Turin, cite ces belles paroles de Vico : « L'*utilité* n'est pas le *fondement* du *droit*, comme le prétendent les utilitaires, mais seulement un *moyen* dont se sert la *Providence* pour conduire les individus et les peuples au règne du droit. » Le jurisconsulte italien ajoute : « De même que toute la vie des individus peut se ramener à une lutte continuelle entre l'égoïsme et l'amour de ses semblables, de même la vie entière des nations peut se résumer dans une lutte constante entre l'intérêt particulier d'une seule et l'intérêt général de toutes. » Le point de départ est l'intérêt; le but providentiel vers lequel les peuples avancent est le droit et la justice. Carle trace le tableau de ce développement progressif, il est fait de main de maître : je crois inutile de le reproduire, ce sont les idées que j'ai exposées dans cette esquisse historique (3). On trouve ces idées généreuses chez tous les légistes italiens ; tous procèdent de la doctrine du juste, ils sont de l'école de Platon, et remontent, dans le droit international comme dans le droit civil, à un droit naturel « que le législateur peut

(1) Mancini, *Diritto internazionale*, p. 79 et 194.
(2) Mancini, *Diritto internazionale*, p. 20.
(3) Carle, *La Faillite dans le droit international privé*, Introduction historique, p. 1 et suiv.

modifier pour l'adapter aux exigences nationales, mais qu'il ne peut jamais altérer ni abolir (1).

433. M. Brocher, auteur d'un excellent *Traité de droit international privé* (Genève, 1876), fait d'autres objections contre la doctrine de l'école italienne. Il ne conteste pas l'importance politique du principe de nationalité, mais il croit qu'on ne saurait l'appliquer au droit positif, sans tomber dans une complète anarchie. En effet, il y a bien des Etats qui ne reposent pas sur le principe de nationalité; il faut cependant les reconnaître comme tels. On est donc conduit à prendre le mot nationalité dans le sens d'un Etat souverain et indépendant; dès lors il vaut mieux se servir de l'expression généralement usitée (2). S'il ne s'agissait que d'une querelle de mots, il ne vaudrait pas la peine de s'y arrêter; il y a un moyen très simple d'y mettre fin, c'est d'employer l'expression de *lois personnelles*, en lui donnant un sens plus large que celui qu'elle a dans la tradition. On désignait par là les statuts qui concernent l'état et la capacité, et, à ce titre, on les étendait hors du territoire. Aujourd'hui toute loi s'étend hors du territoire, à moins que ce ne soit une loi de droit public, laquelle, en cas de conflit, l'emporte sur la loi personnelle; cela est admis par Savigny aussi bien que par l'école italienne. Puisque toutes les lois reçoivent leur application partout, on peut les appeler personnelles dans le sens de la tradition.

L'objection a encore un autre sens; M. Brocher semble dénier toute valeur à l'idée de nationalité dans la matière du droit positif. Qu'est-ce que le droit positif international? Je ne sais où l'on irait le chercher. Le droit positif est celui qui est sanctionné par une loi ou par un traité; où sont les lois et les traités qui contiennent les règles du droit civil international? On dira que le droit international est un droit coutumier : je répondrai plus loin, comme je l'ai déjà fait, que les coutumes sont aussi insaisissables,

(1) Ce sont les paroles de Rocco, *Dell'uso et della autorita delle leggi*. Prefazione, p. XXV-XXVII.
(2) Brocher, *Nouveau Traité de droit international privé*, p. 55 (Introduction historique, n° 14).

disons mieux, aussi imaginaires que les traités et les lois. Donc notre droit n'est pas encore un droit positif; c'est un droit théorique, philosophique, quoi qu'en disent les positivistes. Or, sur le terrain de la doctrine, le principe de nationalité ne saurait être contesté. Qu'importe qu'il y ait des Etats qui sont une agglomération de nations diverses? Ces nations finiront par se séparer pour s'unir à celles qui sont leurs sœurs par le sang. Provisoirement les Etats seront considérés comme des nations, en ce sens que s'ils ont un droit unique, ce droit sera la loi nationale de tous les sujets; si chaque nationalité a son droit particulier, ses membres pourront invoquer à l'étranger leur droit national. Je ne vois pas où est l'anarchie qui en résulterait. Il y aurait danger, au contraire, à revenir aux expressions usitées d'Etat souverain, parce qu'elle rappelle l'idée de la souveraineté territoriale, absolue et exclusive, idée fausse qu'il importe de bannir de la science.

434. M. Brocher fait une autre objection. Il y a un grand nombre de lois qui ne sont pas nationales ou personnelles; elles sont au contraire territoriales, en ce sens qu'elles s'appliquent à toutes les personnes qui se trouvent sur le territoire, étrangers ou indigènes, et qu'elles ne dépassent pas le territoire; telles sont les lois pénales et de procédure. Aussi l'école italienne ne les range-t-elle pas parmi les lois nationales. Ce sont donc des exceptions à la règle. Ces exceptions sont nombreuses. La nationalité des parties intéressées est encore étrangère aux formes extérieures, aux conditions internes et souvent à la portée des actes. Il faudra appliquer à toutes ces exceptions les règles restrictives qui régissent les dispositions exceptionnelles, de sorte que l'on aura deux catégories de principes dans le droit international, les uns formant la règle et de large interprétation, les autres formant l'exception et d'interprétation étroite. C'est rentrer dans le dédale des distinctions que faisaient les glossateurs entre le droit commun qui était favorable et les statuts contraires au droit commun, qui étaient défavorables. La critique serait juste s'il était vrai que les lois

que j'appellerai réelles parce qu'elles sont territoriales, faisaient exception à la personnalité ou à la nationalité des lois. Mais cela n'est point. On devrait appeler ces lois souveraines, parce que la souveraineté et sa mission sont engagées dans le débat. Ces lois sont toutes différentes des lois dites personnelles ou nationales ; celles-ci sont de droit privé, tandis que les autres sont de droit public. Dira-t-on que le droit public est une exception au droit privé? Non, pas plus que le droit privé n'est une exception au droit public. Ce sont des lois d'un ordre différent, qui constituent autant de règles diverses ; les unes ne sont pas plus des exceptions que les autres.

M. Brocher insiste sur les lois qui règlent les formes instrumentaires des actes. Il s'empare d'un aveu d'Esperson qui croit que ces lois devraient aussi être obligatoires en pays étranger de la même manière que toutes les lois personnelles ou nationales; puis il montre qu'il serait contradictoire qu'un législateur établît des règles formant un droit national, et qu'ensuite il déclarât que ces prétendues règles nationales ne s'étendent pas hors du territoire. Cela est très vrai, mais tout ce qui en résulte, c'est que le jurisconsulte italien a tort de qualifier de personnelles et de nationales les lois qui ont un caractère tout particulier, et tellement local, que l'on ne conçoit pas qu'elles reçoivent leur extension hors du territoire, sauf dans les cas où les formalités légales peuvent être observées partout. Je reviendrai sur l'adage *Locus regit actum*, et sur la fausse interprétation qu'on lui donne.

« Quelque respectable que soit l'idée de patrie, conclut M. Brocher, elle ne saurait absorber la vie jusque dans ses moindres détails. Les nationalités ont aussi leurs tendances égoïstes, l'harmonie ne peut s'établir entre elles qu'en recourant à une loi supérieure qui les domine. » Cela veut-il dire qu'il doit y avoir un droit universel qui domine le droit national? Brocher paraît croire que tel est l'idéal du droit international privé. J'ai déjà dit que c'est là une utopie, c'est-à-dire un faux idéal. Si le savant genevois entend dire seulement que le droit national ne doit pas heurter le droit humain ou naturel, il a raison;

mais pourquoi reprocherait-il à l'école italienne l'égoïsme, alors que celle-ci le répudie de toutes ses forces?

§ II. *Le Code italien.*

435. Les glossateurs ont inauguré la science du droit international privé en établissant la distinction des statuts personnels et des statuts réels; c'était revendiquer une place pour la personnalité humaine contre la réalité féodale, tout en maintenant la souveraineté territoriale dans ses droits. Il fallut des siècles pour assurer à la personne, partout où elle se trouve, les droits qui lui appartiennent. Tant que l'étranger ne se présentait qu'en cette qualité, pour réclamer ses droits d'après la loi de son pays, il était faible et impuissant en face d'une souveraineté absolue et exclusive. Le principe de nationalité vint à son aide : ce n'est plus un individu isolé qui se prévalait des lois de sa patrie, c'est un citoyen au nom de la nation dont il était membre. Et chaque nation n'est-elle pas intéressée à reconnaître les droits attachés à la nationalité ? C'est une force nouvelle pour sa nationalité propre que de la faire reconnaître par les autres nations, en reconnaissant les droits des nationalités étrangères. Or, nulle part l'idée de nationalité n'était plus puissante qu'en Italie; ailleurs, la nationalité se confondait plus ou moins avec les Etats qui avaient une existence séculaire, tandis que la diplomatie contestait aux Italiens leur droit à une vie individuelle et indépendante; ils durent la conquérir par des conjurations, des insurrections, des luttes à main armée; la victoire fut achetée du plus pur de leur sang. Nouvelle venue parmi les vieilles nations, l'Italie avait intérêt à proclamer le principe de nationalité, au nom duquel elle avait combattu. La science italienne compléta l'œuvre des glossateurs; elle enseigna que la nationalité est le principe du droit international, et que par suite les droits des nationaux doivent être partout respectés; elle enseigna que les nations sont strictement obligées à permettre l'application du droit de l'étranger, en tant que la loi étrangère ne porte aucune atteinte à

eur existence ni à leur conservation; elle dit aux Italiens u'ils ne devaient pas attendre que leurs droits fussent espectés par les autres, qu'ils devaient commencer par faire u profit des autres ce qu'ils voulaient que ceux-ci fissent our eux : en reconnaissant l'obligation qu'elle avait de especter les droits attachés à la nationalité, elle acqué-ait un titre pour les réclamer en son nom. Telle fut la pensée tout ensemble généreuse et politique qui inspira le code italien.

436. La tradition italienne est favorable aux étrangers. Dès le treizième siècle, un empereur d'origine italienne, Frédéric II, grand parmi les grands, reconnut aux étrangers le droit héréditaire, alors que le droit d'aubaine devenait en France un droit royal. Un intérêt mal entendu fit admettre par les auteurs du code Napoléon le principe de réciprocité comme condition de la jouissance des droits civils que le législateur français accordait aux étrangers. Cette condition fut abolie dans la Toscane en 1835. Le législateur toscan déclare que la réciprocité, établie dans l'intérêt des nationaux, est, en réalité, contraire aux véritables intérêts de l'Etat (1). L'auteur italien à qui nous empruntons ce détail dit que la Belgique a pris l'initiative de codifier les principes du droit international; il y a effectivement eu à Bruxelles un congrès où l'on a beaucoup discuté sur la codification, sans fruit aucun. Notre législation est toujours celle du code Napoléon, basée sur le faux principe de réciprocité; heureusement que la question n'a guère d'importance pratique depuis l'abolition du droit d'aubaine.

Le code italien a étendu au nouveau royaume le principe de la législation toscane : aux termes de l'article 3, « l'étranger est admis à la jouissance des droits civils comme le citoyen ». C'est l'assimilation complète de l'étranger et de l'indigène, en ce qui concerne les droits privés. Mancini glorifie avec raison le législateur italien d'avoir proclamé ce principe. « Il est à espérer, dit-il, que ce noble exemple de justice accordée même à des nations

(1) Fiore, *Diritto internazionale privato*, p. 28, n° 17 (Preliminari, c. II).

avares et injustes qui ne nous rendent rien, ne restera pas sans imitation (1) ». Jusqu'ici cet appel aux nations civilisées n'a pas été écouté. La diplomatie n'a aucun soupçon de la belle mission qui lui est réservée; les hommes politiques ne s'occupent que des intérêts nationaux, et ils ne se doutent pas que le plus grand des intérêts est la justice.

437. Savigny dit très bien qu'il ne suffit pas d'accorder à l'étranger la jouissance des droits civils; si l'on veut que l'assimilation de l'étranger et de l'indigène soit complète, et que les hommes jouissent en tous lieux des mêmes droits privés, il faut encore que les juges, dans chaque Etat, soient tenus d'appliquer les lois étrangères quand, par la nature du fait juridique, ces lois doivent recevoir leur application. La doctrine traditionnelle des statuts limitait aux lois d'état et de capacité le système de la personnalité des lois; c'était une inconséquence ou, si l'on veut, un premier pas dans la voie de l'égalité; une fois le principe admis que les lois qui ont leur racine dans la personnalité, ou dans la nationalité, suivent la personne partout, il faut l'étendre à toutes les lois nationales. C'est ce que fait le code italien.

D'abord il pose en termes généraux le principe que « l'état et la capacité des personnes sont réglés par les lois de la nation dont elles font partie » (art. 6). Le code Napoléon ne parle que du Français, ce qui a permis aux partisans de l'intérêt national de soutenir que l'étranger ne pouvait pas invoquer la disposition de l'article 3; que le législateur abandonnait la question aux tribunaux, lesquels devaient se décider d'après l'intérêt français. Cette étroitesse de vues n'a pas trouvé faveur en Italie: le législateur, dit un légiste italien, s'est inspiré de la noble idée de la fraternité humaine (2). La logique des principes et le vrai intérêt national réclament l'égalité complète: si une nation veut que la loi personnelle de ses nationaux soit respectée à l'étranger, elle doit commencer par respecter la loi personnelle de l'étranger.

(1) Mancini, Rapport à l'Institut de droit international (*Journal du droit international privé*, t. I, p. 300).
(2) Esperson, *Il principio di nazionalità*, p. 53 et note 1.

Le code italien étend le principe de la personnalité aux *rapports de famille*. C'est une innovation importante. Il ne s'agit pas des droits qui concernent l'état et la capacité, puisque la personnalité de ces lois est reconnue par le même article qui mentionne les rapports de famille (art. 6). Des droits moraux et pécuniaires résultent de l'état des personnes, droit d'éducation, droit alimentaire, droit de succession; ces droits forment aussi un statut personnel, ils sont réglés par la loi nationale et non par la loi du territoire. Sur ce point le code italien répudie la doctrine traditionnelle des statuts. Au seizième siècle, les légistes disaient que les enfants ne doutaient pas que les lois des successions ne fussent un statut réel; et tel est encore le système du code Napoléon quant aux immeubles; il en résulte que l'unité du patrimoine est brisée, il y a autant de successions que de biens situés dans des pays différents; l'unité de la personne même en souffre, puisqu'elle a autant de représentants différents qu'il y a d'hérédités différentes. Le code italien met fin à cette anomalie : « Les successions légitimes et testamentaires quant à l'ordre de successibilité, à l'extension des droits successifs et à la validité intrinsèque des dispositions testamentaires, sont réglées par la loi nationale de la personne du défunt, quelle que soit la qualité des biens et quels que soient les lieux de leur situation » (art. 8).

Les donations touchent de près au droit héréditaire; voilà pourquoi le code Napoléon traite des donations et testaments dans un seul et même titre. Le législateur italien dispose que la substance et les effets des donations et des dispositions de dernière volonté sont réglés par la loi nationale des donateurs et des testateurs.

Quant aux contrats, c'est un autre élément qui y domine, la volonté de l'homme qui tient lieu de loi aux parties contractantes et au juge : les parties intéressées peuvent s'écarter de leur loi nationale et régler leurs conventions d'après une loi étrangère. Mais que décider quand elles ont gardé le silence? En théorie, il faut dire que c'est au juge de rechercher leur intention. Le législateur italien a implicitement sanctionné ce principe. C'est seulement

dans le silence des parties contractantes qu'il établit des présomptions, fondées sur leur intention probable. Elles sont censées traiter d'après la loi du lieu où le contrat se passe, sauf quand elles appartiennent à une même nation; il est naturel, dans ce cas, de présumer qu'elles ont entendu s'en rapporter à leur loi nationale. Ces présomptions cèdent devant une volonté contraire; elles appellent l'attention des parties intéressées sur la loi qui, en cas de contestation, sera appliquée par le juge; c'est à elles de déclarer ce qu'elles veulent (art. 9).

Le code italien maintient la distinction des biens meubles et immeubles, les premiers soumis à la loi nationale du propriétaire, les autres régis par la loi de la situation (art. 7). Sur ce point je fais mes réserves : à mon avis, la personnalité ou la nationalité ne doit céder à la loi territoriale que lorsque le droit de la société est en cause; il faut donc maintenir le principe de nationalité.

Quant aux formes instrumentaires, on suit la loi du lieu où l'acte est passé, sauf à appliquer la loi nationale si les disposants le peuvent ou le veulent. C'est à peu près le droit commun.

438. Il reste à déterminer les cas dans lesquels la loi territoriale domine la loi nationale. C'est la grande difficulté que notre science a pour objet de résoudre. Il y a des lois sur la territorialité desquelles tout le monde est d'accord : « Les lois pénales et les lois de police et de sûreté sont obligatoires pour tous ceux qui se trouvent sur le territoire du royaume » (art. 11). C'est la reproduction de l'article 3 du code Napoléon. Le code italien ajoute la disposition suivante (art. 12) : « Dans aucun cas, les lois, les actes et les jugements d'un pays étranger, et les dispositions et conventions privées, ne pourront avoir d'effet contre les *lois prohibitives* du royaume concernant les personnes, les biens et les actes, ni contre les lois *qui concernent d'une manière quelconque l'ordre public* et les *bonnes mœurs*. »

La première partie de cet article est empruntée à Savigny; mais le jurisconsulte allemand ajoute une condition; il faut que les lois soient strictement prohibitives pour

qu'elles l'emportent sur la loi personnelle. Même ainsi formulé, le principe nous a paru très vague, et sans cette restriction, la disposition italienne est plus vague encore. Quant à la seconde partie de l'article, elle est la reproduction de l'article 6 du code Napoléon. L'expression d'*ordre public* nous paraît mal choisie, elle a un sens technique en droit français, où elle désigne les lois qui concernent l'état et la capacité ; et il est évident que, prise en ce sens, elle donne lieu à une confusion d'idées; les lois d'état sont essentiellement personnelles, partant elles sont toujours applicables à l'étranger, à moins qu'il ne s'y trouve un élément qui soit en opposition avec le *droit public* de l'Etat. Cette dernière expression vaudrait mieux, me semble-t-il, parce qu'elle indique un intérêt social, lequel l'emporte sur l'intérêt privé. Nous y reviendrons.

CHAPITRE VII.

DES TRAITÉS.

§ I. *Nécessité des traités.*

439. L'école italienne et Savigny admettent une communauté de droit qui oblige les divers Etats à appliquer les lois personnelles ou nationales de l'étranger. En théorie, cela est incontestable. Mais comment donner force obligatoire à cette théorie? Le code italien dispose que l'état et la capacité de l'étranger ainsi que ses droits de famille seront réglés par la loi nationale des parties intéressées. Mais le législateur italien ne peut pas forcer les autres nations à appliquer les lois d'Italie aux Italiens qui sont parties dans une instance judiciaire. Et de fait les principes consacrés par le code italien ne sont admis nulle part. Que dis-je? L'étranger ne jouit pas même, dans tous les Etats, des droits civils; il n'a cette jouissance, d'après le code Napoléon, que sous la condition de réciprocité. Et là même où il jouit du droit commun, on le juge d'après la loi territoriale, soit quand il s'agit des droits de famille, tels que le droit héréditaire, soit même quant à son état et à sa capacité. Le code italien

établit comme principe que la nationalité est la base du droit international privé, et les Anglo-Américains nient ce principe; ils admettent comme règle la loi territoriale, sauf les modifications que la courtoisie a introduites dans le droit civil international. Comment réduire cette discordance à l'unité? Et sans unité peut-on parler d'un droit international? Le mot même que porte notre science marque la voie par laquelle on arrivera un jour à établir des règles universelles pour la décision des contestations qui ont pour objet le droit international privé. Dans l'état actuel de l'humanité, les Etats jouissent d'une indépendance complète; cette souveraineté va jusqu'au pouvoir d'exclure toute loi étrangère. Comment la souveraineté absolue fera-t-elle place à la communauté de droit? Entre les peuples souverains, le droit s'établit par voie de concours de consentement, puisque tout dépend de leur volonté; c'est dire qu'il faudra des traités pour que la communauté de droit devienne une loi obligatoire (1).

440. Commment le juge décidera-t-il les contestations internationales tant qu'il n'y aura point de traités? Les tribunaux italiens ont seuls une règle écrite dans leur code. Partout ailleurs, le juge devra recourir à un consentement tacite des nations. Le principe même est contestable. Y a-t-il un droit coutumier? En Allemagne, en Angleterre, aux Etats-Unis, on admet un *droit commun* qui repose sur les coutumes. Partout ailleurs, les coutumes disparaissent devant les codes, et on se demande si, sous le régime des codes, il peut encore y avoir un droit coutumier? Cela est plus que douteux. La volonté tacite du peuple que l'on invoque, en la supposant prouvée, ne serait d'aucune valeur, puisque dans le régime constitutionnel, qui est celui de toute l'Europe, le peuple n'exerce pas la souveraineté, il la délègue et partout le pouvoir législatif s'exerce dans des formes solennelles sans lesquelles il n'y a point de loi. Le doute augmente quand il s'agit d'un droit coutumier international qui reposerait sur des conventions tacites. Comment prouver l'existence de ce concours tacite

(1) Comparez le tome Ier de mes *Principes de droit civil*, p. 212, n° 140.

de volontés? Est-ce par la doctrine, la jurisprudence? Qu'on veuille bien me dire qui a donné aux tribunaux et aux auteurs le droit d'exprimer un consentement en matière de traités. C'est le chef du pouvoir exécutif avec le concours des chambres qui seul a le pouvoir de conclure des traités. Un traité tacite est un non-sens : ceux qui y devraient intervenir ne consentent pas et n'ont le droit de consentir que dans des formes solennelles. Dira-t-on que c'est la nation qui consent? C'est encore une fiction et une impossibilité constitutionnelle.

Quand même on admettrait la théorie des conventions tacites en matière de droit civil international, on se heurte contre de nouvelles impossibilités lorsqu'il s'agit de l'application. Les uns invoquent la courtoisie, les autres la communauté de droit.

Le point de départ est tellement différent, qu'une entente pour arriver à une règle commune est impossible. Les Anglo-Américains, qui admettent la courtoisie comme base du droit international coutumier, nient la communauté de droit, ce qui rend tout arbitraire; c'est chose contradictoire dans les termes que de parler d'un droit international alors que l'on commence par nier l'idée même du droit. Quant à la communauté de droit, c'est une théorie scientifique : comment affirmer qu'elle est admise par le consentement tacite des peuples, alors qu'il y a des nations puissantes qui la nient? Il faut donc provisoirement renoncer à l'idée d'un droit commun en cette matière; de sorte qu'autre sera la décision des tribunaux anglais et américains, et autre sera celle des tribunaux allemands, français et belges. Même dans ces limites, il sera très difficile de constater l'existence d'une règle de droit international privé. La jurisprudence est à peu près la seule autorité à laquelle le juge puisse recourir. Cela suppose qu'il y a des précédents judiciaires sur la question qui lui est soumise, et que les décisions concordent. Que fera-t-il s'il n'y a pas d'arrêts ou s'ils sont contradictoires? Il faudra qu'il invoque la science, comme font habituellement les juges anglo-américains.

Mais, quand on y regarde de près, on trouvera la science

partagée en camps ennemis. Le juge s'adressera-t-il aux vieux statutaires? La science allemande lui dira que la doctrine des statuts est surannée. Et où trouvera-t-il la science nouvelle? En supposant qu'il puisse consulter la loi étrangère, il ne sait pas même quelle est cette loi. Savigny lui dira que c'est la loi du domicile; c'est la vieille tradition que l'on dit cependant surannée. D'autres écrivains lui diront que c'est la loi nationale. A vrai dire, la science que le juge consulte n'existe point. En France, il n'a paru qu'un seul traité sur le droit international privé, celui de Fœlix; il repose sur le principe de la territorialité: c'est le réalisme de Voet, et des Anglo-Américains, dont Savigny ne veut plus entendre parler. En Italie, en Angleterre, aux Etats-Unis, les traités ne manquent point; mais le juge français ou belge n'en peut suivre aucun; les Italiens, attachés au principe de nationalité, personnalisent toutes les lois, tandis que le Code Napoléon consacre implicitement la doctrine traditionnelle qui admet seulement la personnalité des statuts concernant l'état et la capacité; encore cela est-il contesté, puisqu'il y en a qui veulent tout subordonner à l'intérêt français. Si le juge admet la personnalité des lois qui règlent l'état, il devra laisser de côté tous les auteurs anglais et américains, lesquels nient toute personnalité et n'admettent d'exception que par des considérations de convenances internationales. Jusqu'où vont ces convenances? Personne ne le sait, la courtoisie internationale est chose insaisissable.

441. Il y a une école dont toutes les prédilections sont pour le droit coutumier qui se développe par la science. Rien de mieux, en théorie. Mais la science a-t-elle le droit d'obliger les tribunaux de juger d'après les règles qu'elle établit? Est-ce que les jurisconsultes exercent le pouvoir législatif? La question n'a pas de sens. Savigny ne conteste pas l'utilité des traités; il devrait dire, la nécessité. Les traités, dit-il, ne créent pas le droit international; ils ne sont que l'expression de la communauté de droit que la science enseigne (1). Sans doute, le droit

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 30 et suiv., § 348.

est antérieur à la loi ; il existe dans la conscience humaine avant d'être formulé par les législateurs ; et le droit coutumier a précédé les codes. Mais pour le droit international, il y a une difficulté que la science ne peut pas trancher. La question que le juge doit décider est prévue par la loi de l'Etat où il rend la justice; il y a conflit entre cette loi et une loi étrangère que l'on invoque devant lui. Quelle loi devra-t-il appliquer? Il n'y a d'autre règle obligatoire pour lui que celle qui a été reconnue comme telle par la souveraineté territoriale : il ne peut appliquer la loi étrangère qu'en vertu de la volonté du souverain qui l'a institué. Il faut donc que cette volonté se manifeste. Est-ce que la science peut tenir lieu de la volonté du souverain? La question, encore une fois, n'a point de sens.

Tous les auteurs qui ont traité du droit civil international avouent qu'il y a des conflits que la science est impuissante à trancher; disons mieux, ce n'est point là sa mission. Une personne incapable d'après son statut personnel peut-elle, en changeant de nationalité ou de domicile, acquérir la capacité d'après la loi étrangère qu'il lui convient d'adopter? C'est la question qui s'est présentée dans le fameux procès Bauffremont; la femme française peut-elle se faire naturaliser en Allemagne et par suite demander le divorce? La jurisprudence française dit non, la science allemande dit oui. Le conflit est insoluble; la diplomatie, dit M. Brocher, doit intervenir dans ces difficultés (1).

La nationalité donne lieu à des difficultés inextricables, parce que les principes sont contradictoires. D'après le Code Napoléon, la nationalité de l'enfant qui naît sur le sol français dépend de la nationalité du père. D'après le droit anglais, la naissance sur le sol de l'Angleterre confère la nationalité anglaise. L'enfant qui naît d'un Français en Angleterre est donc tout ensemble Anglais et Français. Qu'est-ce que la science peut faire dans ce conflit? Elle aura beau démontrer que la nationalité ne peut

(1) Brocher, *Traité de droit international privé*, p. 93, 1°, § 24.

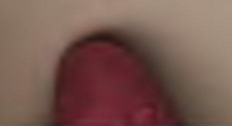
se déterminer d'après le lieu accidentel de la naissance, la loi anglaise n'en considérera pas moins comme Anglais celui qui, d'après le Code Napoléon, sera Français. Les traités seuls peuvent vider le conflit (1).

Un Français ayant des enfants se fait naturaliser en Espagne; ils devient Espagnol, tandis que ses enfants restent Français; son statut personnel sera la loi espagnole, et celui de ses enfants la loi française. Par quelle loi sera régie la puissance paternelle? M. Demolombe veut que ce soit par la loi française (C. c., art. 3). A mon avis, le Code Napoléon ne décide pas la difficulté; il donne un statut aux enfants, il ne dit pas qu'en cas de conflit de ce statut avec le statut du père, le statut français l'emportera. Le conflit ne peut être vidé que par des traités, parce que les principes qui régissent la puissance paternelle sont tout à fait contradictoires : d'après le droit français, la puissance paternelle est plutôt un devoir qu'un droit, tandis que, d'après le droit romain, c'est plutôt un droit qu'un devoir (2).

Un étranger réclame des aliments, en vertu de la loi de son pays, contre un Français qui ne les doit pas d'après le Code Napoléon. Si l'on admet que la loi étrangère est applicable en France, l'étranger aura droit aux aliments; tandis qu'il n'y aura pas droit, si l'on consulte l'intérêt français, à la façon des cours américaines. Que fera le juge? S'il est partisan de l'intérêt français, la science lui dira vainement que le droit n'est pas une question d'intérêt; et le débat se renouvellera aussi longtemps que les traités n'auront pas établi un principe fixe (3).

442. Il est inutile de multiplier ces exemples : la nécessité des traités ne saurait être contestée par personne. Mais les traités aussi soulèvent de nombreuses difficultés. Le droit international étant, en principe, universel, les traités devraient être consentis par les Etats de toutes les parties du monde. Il se passera encore

(1) Brocher, *Traité de droit international privé*, p. 168, § 51.
(2) Voyez le tome Ier de mes *Principes de droit civil*, p. 127, n° 86.
(3) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. I, p. 129 et suiv., n° 88. Je reviendrai sur la question dans le tome II de ces Etudes.



bien des siècles avant qu'il puisse être question de conventions pareilles. C'est sans doute à raison de l'impossibilité actuelle de nouer des relations diplomatiques entre tous les peuples de la terre, que les auteurs ont limité le droit international privé, de même que le droit des gens, aux nations civilisées, ou, comme on dit d'ordinaire, aux nations chrétiennes. J'ai déjà protesté contre cette exclusion des peuples non chrétiens, et les faits ne tarderont pas à la mettre à néant. Les relations internationales prennent une extension prodigieuse, et à mesure qu'elles s'étendent, la force des choses conduira les nations dites civilisées à traiter avec les peuples attachés à une religion autre que le christianisme. Il n'en est pas du droit des gens privé, comme du droit des gens public : on peut s'abstenir de rapports politiques, mais les liaisons commerciales et par suite civiles ne connaissent aucune restriction.

Méme en limitant les conventions aux Etats chrétiens, les difficultés sont encore immenses. De fait il n'y a aucun traité général. C'est le traité postal qui a réuni le plusgrand nombre de parties contractantes dans les deux mondes : seize Etats l'ont signé. Pourquoi, dit-on, ne s'entendrait-on pas sur d'autres points (1)? La différence est grande entre une convention postale et une convention qui porte sur le droit civil. Que l'on songe à l'attachement que les hommes ont toujours eu pour leurs coutumes nationales. C'est l'expression de leur vie ; ils y renoncent difficilement, et cependant il y a des cas où ils devront y renoncer si l'on veut éviter le conflit de lois contraires. Ainsi, en matière de nationalité, les traités devront opter entre le principe de l'origine nationale et le principe de la territorialité : faudra-t-il que le principe de la naissance sur le territoire soit abandonné là où il règne depuis des siècles? La difficulté sera bien plus grande si le droit touche aux préjugés religieux; des peuples catholiques admettront-ils les effets du divorce, alors que, dans leur croyance, le mariage est indissoluble en vertu d'une loi

(1) Field, *International code*, 2e éd., 1876, Préface.

révélée? Aucune de ces difficultés n'existait pour une convention postale, les intérêts de tous les contractants étant les mêmes.

443. Cependant il ne faut pas exagérer les difficultés. Il existe un assez grand nombre de traités particuliers sur des règles de droit international privé; je les mentionnerai dans la partie dogmatique de ces études, là où se trouve le siége de la matière. Je me borne à rappeler ici les nombreuses conventions qui sont intervenues entre les divers peuples pour l'abolition du droit d'aubaine. Il en résulte un enseignement que notre science doit mettre à profit. L'iniquité du droit d'aubaine a été signalée en France dès le dix-septième siècle par de Cazeneuve; au dix-huitième, Montesquieu répandit ces idées dans le monde philosophique et littéraire; l'Assemblée Constituante se fit l'organe de ces sentiments en proclamant l'abolition du droit d'aubaine au nom de la fraternité des peuples. La diplomatie trouvait donc les esprits préparés; en négociant des traités pour abolir un droit barbare, elle répondait à un vœu général, dès lors toutes les difficultés étaient vaincues d'avance. Il faut donc préparer le terrain; la diplomatie ne prendra pas l'initiative, mais elle obéira à la voix de l'opinion publique quand celle-ci se sera prononcée sérieusement et avec persévérance.

444. Les traités particuliers donnent lieu à quelques questions dont il nous faut dire un mot. On demande s'ils peuvent déroger à la loi qui régit les Etats contractants. Cela est parfois nécessaire, comme je viens de le dire, et la difficulté se présenterait surtout si l'on faisait des traités généraux comprenant l'ensemble des règles du droit international. C'est le pouvoir exécutif qui négocie les traités et qui les consent; et là où existe la division des pouvoirs, il va sans dire que le chef du pouvoir exécutif, lié par les lois, ne peut y déroger, sauf dans les cas où les lois elles-mêmes le permettent. Ainsi, en établissant le principe que les étrangers jouiront en France des droits civils qui sont accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle les étrangers appartiennent, le Code Napoléon (art. 11) autorise implicitement le chef de l'Etat à con-

traités sur la base de la réciprocité. Hors ces
aités devraient obtenir l'assentiment du pouvoir
Un jugement du tribunal de la Seine l'a jugé
te décision a été très vivement critiquée par
ngeat (1); il cite les constitutions françaises
tent au chef de l'Etat de conclure des traités;
constitutions disent-elles que le gouvernement
des traités, déroger aux lois? Là est la
Elle n'est pas tranchée non plus, comme le
)emangeat, par les articles du Code Napoléon
qu'il peut y être dérogé par des lois politiques
ités; ces articles prouvent, au contraire, qu'il
lisposition de la loi qui permette de la modi-
ın traité; elles seraient inutiles, si tel était le
nun. D'après la Constitution belge, la question
e douteuse: elle exige formellement l'interven-
hambres pour les traités de commerce et ceux
ıient grever l'Etat ou lier individuellement des
e qui implique le principe que les traités sont
és à la loi; et cette disposition n'existerait pas,
ait encore le décider ainsi en vertu de l'arti-
la Constitution, aux termes duquel le roi n'a
ouvoirs que ceux que lui attribuent formelle-
nstitution et les lois particulières portées en
la Constitution même. La pratique législative
sens : les traités conclus par la Belgique pour
du droit d'aubaine ont été approuvés par les
(2).

n demande encore quel sera l'effet des traités
s. La question se résout par les principes qui
les conventions; elles ne profitent pas aux tiers
nuisent pas (C. Nap., art. 1165). On ne pour-
nême, à mon avis, argumenter par analogie,
, en faveur ou contre des Etats qui n'y ont pas
s ; si l'argumentation analogique est admise

nt du 5 février 1874 et la critique de M. Demangeat, dans le
roit international privé, t. I, p. 107 111.

ez la loi du 24 janvier 1871 approuvant le traité entre la Bel-
agne pour déroger à l'article 4 de la loi du 17 avril 1865.

pour les lois, c'est que le législateur a le droit de commander aux citoyens, et le débat s'agite entre citoyens; la volonté tacite du législateur a la même force que sa volonté expresse à l'égard de ceux auxquels il a droit de commander. Il en est tout autrement des traités; la disposition la plus formelle n'aurait aucun effet à l'égard des Etats qui n'y ont pas été parties; à plus forte raison la volonté tacite ne peut-elle avoir aucun effet à leur égard. Wächter fait une exception, quand les traités consacrent des principes généraux qui sont généralement reconnus (1). Cela même est douteux; en droit strict les conventions n'existent pas à l'égard des tiers.

§ II. *Codification du droit civil international.*

NÉGOCIATIONS DIPLOMATIQUES.

446. L'Italie a pris l'initiative de négociations dont le but est de formuler dans des traités généraux les principes fondamentaux du droit civil international. Ces négociations furent entreprises sous l'inspiration de Mancini, successivement avocat et professeur à Naples, à Turin et à Rome, membre du parlement et ministre de la justice (2). Vers la fin de l'année 1861, sous le ministère Ricasoli, Mancini appela l'attention du gouvernement, au sein du conseil du contentieux diplomatique, sur les moyens de mettre fin au conflit journalier des lois contraires qui existent dans les divers Etats de l'Europe et de l'Amérique. Ce conflit conduit à des conséquences absurdes et déplorables, qui ne témoignent guère en faveur de notre civilisation tant vantée: ici c'est une personne qui a deux patries, sans que l'on puisse savoir à

(1) Wächter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXIV, p. 240 et 241.

(2) Voyez, sur ces négociations, un discours de Mancini au parlement italien : *Discorso e proposte del deputato Mancini sugli arbitrati internazionali*, Tornata del 24 novembre 1873 (Roma, 1873), p. 17 et suiv., et le Rapport de Mancini à l'Institut de droit international, 1874, dans le *Journal du droit international privé*, t. I, p. 236-239.

laquelle des deux elle entend appartenir: là, ce sont des personnes qui perdent leur patrie d'origine, sans en acquérir un autre et qui se trouvent ainsi sans patrie, étrangers partout. Parfois il y a scandale public : une femme française divorce malgré son statut personnel, après s'être fait naturaliser à l'étranger: femme légitime en Allemagne, femme adultère et coupable de bigamie en France. On se demande comment de pareilles anomalies peuvent continuer et aller en se multipliant, alors qu'il serait si facile d'y mettre fin si les peuples voulaient s'entendre sur les principes du droit international privé. Il ne s'agit pas, dans ces débats, d'intérêts politiques, ni de l'ambition qui fait taire toute justice; il s'agit du règlement d'intérêts privés et de la justice internationale.

Le gouvernement italien fit bon accueil à ces idées généreuses. Il proposa à la France d'ouvrir des négociations dans le but de formuler dans un traité les règles les plus essentielles du droit civil international, en laissant le protocole ouvert aux autres Etats qui seraient invités à donner leur assentiment. Dans un discours prononcé au parlement en 1873, Mancini déclara que la proposition rencontra de grands obstacles en France, parce que la jurisprudence française est une de celles qui se prêtent le moins au traitement bienveillant et généreux des étrangers. Mancini aurait pu adresser ce reproche plus haut; le vrai coupable est Napoléon, qui, comme premier consul, déserta les idées généreuses de 1789 sur la fraternité des peuples que l'Assemblée constituante avait proclamées dans son magnifique décret sur l'abolition du droit d'aubaine. Les négociations durèrent depuis 1861 jusqu'en 1867. Le ministère Rattazzi chargea alors Mancini d'une mission officieuse auprès des cours de France, de Belgique et de Prusse, afin d'amener ces Etats à une entente sur les principes fondamentaux qu'il s'agissait de consacrer par un traité. Le parlement italien avait, à plusieurs reprises, adopté la proposition de Mancini. C'était donc comme organe de la nation que Mancini se présentait à Paris. Dans un rapport fait à l'Institut du droit international (1874), Mancini répète ce qu'il avait

dit au sein du parlement : ses propositions rencontrèrent de nombreux obstacles en France, dans l'opinion des jurisconsultes et des magistrats. Toutefois après de longues conférences avec les ministres de l'empereur, Rouher, Moustier, Lavalette et Baroche, le gouvernement accepta, en principe, l'idée d'un traité sur les bases proposées par Mancini, le protocole restant ouvert à l'adhésion des autres Etats. En Belgique, Mancini trouva l'accueil le plus favorable auprès des ministres Rogier et Bara. L'illustre jurisconsulte me fit l'honneur de venir me voir, à cette occasion, mes Etudes sur le droit des gens et les relations internationales m'avaient donné des amis en Italie; je contractai dès lors envers l'Italie une dette que j'acquitte aujourd'hui; après avoir consacré dix années de ma vie à écrire mes *Principes de droit civil*, je complète ce long travail par ces Etudes sur le droit international privé, que je publie comme hommage rendu à l'Italie et à la noble initiative qu'elle a prise. Mancini vit aussi à Berlin le comte de Bismarck et Delbruck, qui accueillirent son projet sans objection aucune.

Les négociations paraissaient en bonne voie, quand les événements politiques les arrêtèrent. L'empire s'écroula sous le poids de ses fautes et de ses crimes. C'est une délivrance pour la nation française qui reprendra la tradition glorieuse de 1789. Malheureusement elle sort mutilée de la guerre; il y a là une plaie qui saigne et qui, je le crains, ne se guérira qu'après de nouvelles luttes, plus gigantesques, qui ensanglanteront l'Europe, et ne laisseront guère de loisir pour s'occuper de négociations politiques. Puis, dans son intérieur même, le régime impérial a installé l'ennemi de tout progrès, de toute civilisation, en restaurant l'Eglise catholique et en lui livrant l'enseignement de l'enfance et de la jeunesse. La république est obligée de revenir sur ces imprudentes concessions. En Belgique, l'Eglise est en guerre ouverte contre l'Etat, sur le terrain de l'enseignement. L'Allemagne avait pris pour devise la lutte de la culture moderne contre les ténébrions du moyen âge (le *Culturkampf*); au moment où j'écris, le gouvernement impérial

semble faiblir. L'Italie aussi va être engagée dans cette lutte suprême. Par suite les traités de droit civil international seront indéfiniment ajournés. Le mal n'est pas grand; dans ma conviction, le temps n'est pas venu. L'essentiel est que la science mette le temps à profit pour préparer les jeunes générations aux débats pacifiques de l'avenir. C'est dans ce but que je me plais à constater les sentiments généreux de la nation italienne.

417. Mancini ne se lasse point de faire appel à l'Italie, pour l'engager à donner suite à sa glorieuse initiative. En 1873, une proposition fut faite au parlement en faveur des arbitrages internationaux, et en même temps des congrès parlaient de codifier le droit des gens. Mancini profita de l'occasion pour revenir sur son projet de négociation, bien plus réalisable que celui d'une codification ou d'un arbitrage. Il proposa au parlement de déclarer que le gouvernement voulût bien persévérer dans l'initiative méritoire, qu'il avait prise depuis plusieurs années, d'amener des conventions entre l'Italie et les autres Etats ayant pour objet de rendre uniformes et obligatoires, dans l'intérêt des peuples, les règles essentielles du droit international privé. » A l'appui de sa motion, Mancini disait très bien qu'elle était en harmonie avec l'opinion publique qui se manifestait dans les deux mondes, en faveur d'une codification du droit des gens. Sans dire que ce projet était une utopie, ou, comme dit Lamartine, un idéal à distance, dans l'état actuel des choses, l'orateur italien remarqua qu'il y avait une œuvre bien plus facile à entreprendre, et qui conduirait indirectement au but que se proposaient les congrès. Vainement les hommes de science et les philanthropes cherchent-ils à prévenir la guerre par des arbitrages, et plus vainement encore voudraient-ils organiser l'humanité de manière à rendre les arbitrages efficaces, l'appel aux armes est toujours au bout de tous les conflits, et les manifestations en faveur de la paix n'ont pas empêché et n'empêcheront pas la guerre d'ensanglanter l'Europe, ni les intrigues de la diplomatie dont le but est toujours l'ambition mesquine de l'agrandissement des Etats. Mais dans le domaine des relations

privées, il y a une œuvre de cosmopolitisme à entreprendre avec quelque chance de succès; là, il ne s'agit pas de rivalités ambitieuses ni d'un conflit d'intérêts politiques; l'unique but des négociations sera de faciliter la distribution de la justice dans les débats, tous les jours plus nombreux, que soulève la contrariété des lois civiles. « Je propose, dit Mancini, que la Chambre veuille bien mettre son autorité au service de cette grande cause de la société humaine, en recommandant au gouvernement du roi de saisir toutes les occasions qui se présenteront de renouer les négociations interrompues et de les mener à bonne fin. » Il semblait à Mancini que le moment était favorable, et que les traités déjà consentis en principe par la France, la Belgique et l'Allemagne du Nord, pourraient être acceptés par les autres Etats. C'était encore une illusion, mais grandes sont les nations qui la partagent, et grande surtout celle qui prend l'initiative d'une œuvre de justice universelle!

Le ministre des affaires étrangères, Visconti-Venosta, tout en faisant ses réserves sur le projet d'arbitrage, abonda entièrement dans les idées de Mancini concernant la justice internationale; il promit le concours du gouvernement, et déclara qu'il serait heureux de reprendre les négociations, en prenant appui sur les conseils et la science de l'honorable Mancini. Le rapporteur du budget des affaires étrangères, Boselli, donna une pleine adhésion aux nobles idées que Mancini venait de développer: il rappela ce qui s'était passé dans une autre enceinte, où Mancini, comme professeur, parlait à une jeunesse enthousiaste de ces mêmes idées de nationalité et d'humanité. Dans l'espace de douze ans, les idées avaient fait leur chemin; de l'auditoire d'une université elles étaient transportées à la tribune du parlement; la conscience de la justice humaine avait accompli un grand progrès. L'assemblée applaudit et vota la proposition à l'unanimité. Je ne crains pas d'être mauvais prophète, en ajoutant qu'un jour elle sera adoptée par acclamation dans tous les parlements de l'Europe et de l'Amérique.

448. Qu'importe que jusqu'ici ces généreuses idées n'aient pas abouti? Elles aboutiront. Je constate avec bonheur que nos anciens frères du Nord se sont associés à ce mouvement. En 1874, le gouvernement des Pays-Bas adressa une proposition à tous les Etats de l'Europe, tendante à réunir une conférence internationale, pour établir des règles uniformes sur la compétence des tribunaux et l'exécution des jugements rendus par les tribunaux étrangers. J'aurai l'occasion de revenir sur le mémoire que le ministre des affaires étrangères, le baron Gericke de Herwynen, rédigea sur ces questions difficiles (1). L'Italie, la Belgique, la Russie et l'Autriche firent bon accueil à la proposition. Le Danemark et la Suède, tout en témoignant peu de confiance dans le succès de l'entreprise, acceptèrent le projet de conférence. La France ne répondit pas, l'Angleterre et la Norvége refusèrent. Qu'un petit pays isolé comme la Norvége, qui ne voulut pas même traiter avec la Suède, pour l'exécution des jugements rendus par les tribunaux des deux royaumes unis, n'ait pas accordé son concours, cela importe peu; il est probable que la Chine aurait aussi refusé le sien, si on le lui avait demandé. Mais que dire de l'Angleterre? Mancini, qui constate le fait, garde le silence sur cette étrange conduite. Je n'ai aucune raison de me taire, et je ne puis m'empêcher de dire qu'un pareil égoïsme est chose déplorable. S'agrandir par la réunion de l'île de Chypre, à la suite d'une guerre dans laquelle il n'a pas été versé une goutte de sang anglais, voilà un chef-d'œuvre de diplomatie qui flatte plus la nation et qui lui tient plus à cœur que le règne de la justice internationale. L'histoire en jugera autrement : elle fera un titre de gloire au petit royaume qui a pris l'initiative d'une proposition pour assurer la distribution de la justice, et elle déclarera mesquine et immorale une ambition qui se satisfait aux dépens d'un Etat ami et allié dont la Grande-Bretagne se dit la protectrice. Il y a heureuse-

(1) Il est analysé dans le *Journal du droit international privé*, t. I, page 259.

ment des Anglais qui rougissent de cette politique et le jour viendra où la nation la répudiera. Les destinées de l'humanité ne seront pas arrêtées par l'opposition d'une caste : elles ont un appui tout-puissant, celui de Dieu. Je suis heureux d'ajouter que le gouvernement des Pays-Bas n'a pas abandonné son projet. M. Asser, professeur de droit international à Amsterdam, m'écrit que les négociations ont été reprises avec les Etats qui en ont manifesté le désir. Les autres suivront, qu'ils le veuillent ou non. Le jour approche où les droits de l'humanité prévaudront sur l'égoïsme de quelques Etats.

449. Il dépend de la science de hâter l'avénement de ce beau jour. Toutes les manifestations de l'opinion publique, pourvu qu'elles soient sérieuses, ont leur importance. A ce titre, je mentionnerai les congrès qui s'occupent de la codification du droit des gens. Je ne pense pas que les savants qui y figurent s'attendent à ce que la diplomatie accueille leurs propositions; mais ils prépareront la voie à une diplomatie nouvelle, en éclairant les peuples, de qui, en définitive, tout dépend, puisqu'ils sont souverains, mais ce sont des souverains qui ne connaissent pas encore leurs vrais intérêts. En 1866, l'Association britannique pour le progrès des sciences sociales, réuni à Manchester, délibéra sur la proposition de Dudley Field, jurisconsulte américain, concernant un projet de Code de droit international; une commission fut chargée de se mettre en rapport avec les publicistes anglais et étrangers. Voilà un signe des temps que je salue avec bonheur. Ce n'est pas que le projet de codification pût aboutir. Field a rédigé un Code de droit international prive, et un écrivain éminent, Bluntschli, a écrit un Code de droit des gens. Des siècles se passeront avant que ces projets soient discutés dans des conférences. Un Italien, Sclopis, répondit au secrétaire du comité, Westlake : « Plus je reconnais l'importance du travail entrepris par le comité, moins je me livre aux séductions de l'espérance. Nos oreilles sont encore trop frappées du bruit du canon, et du cri sauvage, *La force prime le droit*, pour que nous

puissions reposer notre vue sur des horizons clairs et sereins (1). »

450. J'ai dit, dans l'Introduction de ces Etudes, qu'un Institut de droit international a été fondé à Gand, sur l'initiative prise par M. Rolin-Jaequemyns, aujourd'hui ministre de l'intérieur. L'Institut s'est occupé, dans ses sessions de Genève et de La Haye, de formuler des règles « pour assurer la décision uniforme des conflits entre les diverses législations civiles et criminelles ». Mancini, l'illustre président de l'Institut, a présenté des rapports remarquables sur les points essentiels. J'ai toujours été d'avis que l'Institut, dont j'ai l'honneur d'être membre, devait concentrer tous ses efforts sur le droit international privé; c'est un champ immense d'activité tout ensemble et un terrain neutre, sur lequel une réunion d'hommes de science des deux mondes ont chance d'être écoutés. Mes collègues voudront bien m'excuser de ce que je n'ai pas pris part à leurs travaux; je paye aujourd'hui ma dette, j'ai dit, ici même, en quel sens. C'est une pierre apportée à l'édifice.

A mon avis, les travaux littéraires ne suffisent point ; il faut agir sur les masses, et pour cela un enseignement oral vaut mieux que les livres. Des chaires de droit international privé existent en Italie, en Allemagne, dans les Pays-Bas : pourquoi dois-je ajouter qu'il n'y en a pas encore en France ni en Belgique? Chez nous il y a des légistes qui ignorent qu'il existe une science du droit international privé : comment le grand public le saurait-il? Ce qui prouve combien l'ignorance est universelle, c'est que l'examen auquel sont soumis les futurs diplomates ne mentionne pas même le droit civil international; de sorte que ceux qui peuvent être appelés à négocier des traités sur la matière ne savent pas même quel est l'objet de ces négociations. Les magistrats et les avocats sont tous les jours dans le cas d'appliquer des règles qu'ils ignorent, et que l'on n'apprend pas en feuilletant un ouvrage (2).

(1) Lomonaco. *Trattato di diritto internazionale privato*, p. 31. *Archivio juridico*, 1868. t. I, p. 505 e segg.

(2) Voyez plus haut, n° 41.

Il y a une autre lacune dans notre enseignement, c'est un cours de législation comparée. La science des lois étrangères devient tous les jours plus nécessaire aux praticiens : c'est le complément indispensable de l'étude du droit. Pourquoi n'en ferait-on pas l'objet de cours supplémentaires qui se donneraient après que les études ordinaires sont terminées? Car il est impossible de comprendre les lois étrangères et le droit international privé si l'on n'a pas une connaissance du droit national (1).

Quand la science aura répandu ses enseignements parmi les jeunes générations, on pourra mettre la main à l'œuvre dans le monde politique. On ne doit pas s'attendre à ce que la diplomatie prenne jamais l'initiative d'une innovation. Elle consacre les faits accomplis, elle adopte les idées courantes : il faut donc tâcher que notre science entre dans le domaine commun des classes lettrées. En ce sens, il est vrai de dire que ce sont les idées qui gouvernent le monde (2).

(1) Voyez plus haut, n° 42.
(2) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. I, p. 212. Carle, *la Faillite*, p. 12.

FIN DU TOME PREMIER.

ANNEXE.

De la condition civile des étrangers d'après le droit romain.

---

§ I. *Observations préliminaires.*

1. Avant de passer à l'examen des droits privés que la législation de Rome reconnaissait aux étrangers, il convient de s'entendre sur la qualification de ces derniers dans les sources du droit romain et de déterminer les différentes classes d'étrangers. Pour les Romains un étranger quelconque était un *peregrinus*. Ce mot s'appliquait et à tous les sujets romains non dotés du droit de cité et aux divers peuples indépendants. Gaius (1) dit des populations latines : « Erant *peregrinorum* numero. » Gaius (2) et Ulpien (3) appellent *peregrini* les étrangers, sujets romains, soumis à la condition la plus désavantageuse : les déditices. Justinien (4) qualifie les déportés de *peregrini*. Enfin Varron (5) parle du *peregrinus* qui suis legibus utitur, du *peregrinus* libre de la domination romaine (6).

2. Dès les premiers temps de Rome, nous rencontrons une catégorie d'étrangers fortement privilégiés, les Latins, la population du Latium. A elle se rattachaient les colonies latines. La loi Julia de l'an 90 et la loi Plautia de l'an 89 avant J.-C. ayant accordé le droit de cité à tous les peuples du Latium, les Latins disparaissent comme nationalité propre, à part les membres des colonies latines. Mais, d'un autre côté, se forma la notion artificielle de la Latinité ou du *jus Latii* pour des personnes n'appartenant pas à la race latine; notamment, en

(1) I, 79.
(2) I, 14.
(3) XXII, 2.
(4) C. 6, 24, *De hered. instit.*, l. 1.
(5) *De lingua latina*, V, 3 (édit. Müller).
(6) Puchta, *Cursus der Institutionen*, II, § 217 initio.

l'année 91 avant J.-C., la loi Pompeia octroya la Latinité à toute la Gaule transpadane. Vers la fin de la république, ces octrois devinrent très fréquents, et la Latinité se répandit sur toute la surface de l'empire romain. Sous le règne de Tibère, la loi Junia Norbana accorda en outre la Latinité à trois catégories d'affranchis : à ceux qui avaient été affranchis, soit par un mode autre que la cession judiciaire, le testament ou le cens, soit par un propriétaire bonitaire, soit avant l'âge de trente ans, à moins, dans le dernier cas, que l'affranchissement n'eût eu lieu par la cession judiciaire et n'eût été homologué par un conseil d'affranchissement institué à cette fin; ce sont les Latins Juniens (1).

3. Parmi les étrangers non Latins nous relevons les *déditices,* c'est-à-dire ceux qui étaient tombés sous la domination romaine, non pas à la suite d'un traité comme les pérégrins ordinaires, mais en vertu d'une *deditio* (2), puis les *barbares*, qui habitaient au delà des frontières de l'empire romain, enfin les personnes qui avaient perdu la cité à titre de peine (3). La loi Œlia Sentia, portée sous le règne d'Auguste, attribua encore la condition des *déditices* aux affranchis qui, pendant leur servitude, avaient subi certaines peines graves (4).

4. La célèbre constitution Antonine de Caracalla (211-217 de notre ère) enleva à ces distinctions une grande partie de leur importance. Elle proclama citoyens romains tous les habitants actuels de l'empire : « In orbe romano qui sunt, ex constitutione Imperatoris Antonini cives romani effecti sunt », dit Ulpien (5). Les étrangers de la période subséquente sont les peuples soumis à l'empire romain depuis la constitution Antonine, pérégrins ordinaires ou déditices, les peuples barbares, les personnes ayant perdu la cité à titre de peine, ainsi que les affran-

(1) Gaius, III, 56, combiné avec I, 18, 19, 20 initio, et *Fragmentum de juris speciebus et de manumissionibus*, 5 et 17, i. f.
(2) Gaius, I, 14; Cf. Théophile, *Paraphrase des Institutes de Justinien*, I, 5, *De libert.*, § 3 initio.
(3) D. 48, 19, *De pœn.*, l. 17, § 1.
(4) Gaius, II, 13.
(5) D. 1, 5, *De statu hom.*, l. 17.

chis, Latins Juniens ou déditices. Justinien ayant ouvert la société romaine à tous les affranchis sans distinction (1), sa législation ne connaît plus d'affranchis Latins Juniens ou déditices.

5. Nous parlerons d'abord des pérégrins proprement dits, dont la condition constitue le droit commun (§ 2), puis des Latins, dont la condition était plus favorable (§ 3), enfin des déditices, des barbares et des personnes ayant perdu la cité à titre de peine, dont la condition était moins favorable que celle des étrangers ordinaires (§ 4).

§ II. *Des pérégrins proprement dits.*

6. Quels sont les droits privés qui appartenaient aux pérégrins proprement dits? Quels sont ceux qui ne leur appartenaient point? Les pérégrins ne jouissaient pas des droits fondés sur le *jus civile*, c'est-à-dire des droits propres à la législation romaine ou qui du moins n'étaient pas universellement reconnus par les peuples civilisés de l'antiquité (2). L'extension de ces droits aux pérégrins eût été contraire à leur nature. Comme droits propres à la population romaine, ils devaient être restreints à celle-ci ; ils étaient puisés dans les mœurs romaines ; les appliquer aux étrangers eût été une anomalie. Tel est le principe formulé par Marcien au Digeste 48, 19, *De pœn.*, l. 17, § 1, en ce qui concerne les étrangers sans cité : « Idem quidam ἀπόλιδες sunt, hoc est : sine civitate, ut sunt in opus publicum perpetuo doti, et in insulam deportati, ut ea quidem, quæ juris civilis sunt, non habeant, quæ vero juris gentium sunt, habeant (3) ». Les droits civils se ramenaient au *conubium* et au *commercium*. Le *conubium* était le droit de contracter un mariage civil (*justæ nuptiæ*) (4). Le *commercium* était le droit d'avoir une propriété civile ou quiritaire (*dominium ex jure Quiri-*

(1) C. 7, 5, *De dedit. libert. toll.*, l. un.; C. 7, 6, *De lat. libert. toll.*, l. un., pr.
(2) Cf., sur cette notion, Gaius, I, 1, I, 1, 2, *De jure natur., gent et civili*, §§ 1 et 2 initio, D. 1, 1, *De just. et jure*, l. 6, pr., l. 9.
(3) Voyez encore D. 48, 22, *De interd., et releg., et deport.*, l. 15, pr. initio.
(4) Ulpien, V, 3.

tium (1). Les pérégrins étaient dépourvus du *conubium*
Dès lors ils n'acquéraient pas sur leurs enfants la p
sance paternelle romaine, celle-ci supposait un mar
civil (2). Faute de puissance paternelle, ils étaient
agnats, car l'agnation reposait sur la puissance p
nelle (4); or, l'importance de l'agnation était capitale
l'ancien droit romain; de la qualité d'agnat dépe
l'hérédité civile *ab intestat* (5), et même, après les réfo
prétoriennes et les dispositions législatives des pre
siècles de l'empire, les agnats conservèrent, sous ce
port, des avantages considérables sur les cognat
régime dotal n'était pas applicable aux pérégrins
conjoint survivant ne pouvait invoquer le bénéfice
bonorum possessio unde vir et uxor (6). Il en ét
même de la *manus* (7), du *mancipium* et de la tute
sexe (8); c'étaient autant d'institutions civiles. Le pé
ne pouvait pas davantage être tuteur ou curate
tutelle et la curatelle étaient des charges publiq
avaient un caractère civil (9).

En second lieu, les pérégrins n'avaient pas le *co*
cium (10). Ils étaient incapables d'acquérir la pro
par un mode civil tel que la mancipation (11), la c
judiciaire, l'usucapion (12), l'hérédité civile, testame
ou *ab intestat* (13), le legs (14). Ils ne pouvaient non
comme les Romains, transmettre leurs biens à cau
mort (15). Les pérégrins étaient pareillement inca
de faire une stipulation par les mots *Spondesne?*

(1) [illegible] XIX, 5.
(2) [illegible] V, 4.
(3) [illegible] I, 55-56.
(4) [illegible] De V. S., [illegible] 195, § 2, i. f.
(5) [illegible] 24.
(6) [illegible] pr.
(7) [illegible]
(8) [illegible]
(9) [illegible] XI, [illegible] avec XXII, 2.
(10) [illegible] XIX, 4.
(11) [illegible]
(12) [illegible] Cicéron, *De Off.*, I
(13) [illegible] XXII, [illegible] *De hered. instit.*, I, 1.
(14) [illegible]
(15) [illegible] XX, 14, [illegible] Nec quasi civis romanus testari potest, [illegible]

deo (1) et de contracter une obligation par la voie des *nomina transcriptitia*, tout au moins si la *transcriptio* avait lieu *a persona in personam* (2). Un autre engagement purement civil et d'une grande fréquence dans les premiers siéles de Rome était le *nexum*.

7. Les droits reconnus aux pérégrins étaient ceux ressortissant au *jus gentium*, c'est-à-dire les droits que toutes les nations civilisées de l'antiquité reconnaissaient aux hommes, en d'autres termes les droits sanctionnés par la législation romaine et par les lois ou les usages des autres peuples policés. Le *jus gentium* dont il s'agit n'était donc pas un droit distinct et indépendant de celui de Rome; c'était une partie intégrante du droit romain, la partie de ce droit qui était d'une observation universelle (3). Ce principe est nettement proclamé par Marcien (D. 48, 19, *De pœn.*, l. 17, § 1. Parlant des étrangers sans cité, le jurisconsulte dit : « quæ vero juris gentium sunt, habeant (4) ». A plus forte raison, les droits dérivés du *jus gentium* devaient-ils appartenir aux pérégrins proprement dits. Ces droits étaient censés reposer sur le droit naturel (5); on les considérait comme des droits naturels (6) et de fait ils avaient presque toujours ce caractère; dès lors il était rationnel de les appliquer aux étrangers comme aux citoyens romains (7).

8. Mais le droit des gens n'était pas l'élément exclusif de la condition civile des pérégrins. Un autre élément se composait des lois (8), des sénatus-consultes (9), des constitutions impériales (10) et des édits des gouverneurs de

(1) Gaius, III, 93-94.
(2) Gaius, III, 133.
(3) Sur ces droits en général, voyez Gaius, I. 1, I, 1, 2, *De jure nat., gent. et civili*, §§ 1 et 2, i. f., et D. 1, 1, *De justitia et jure*, l. 1, § 4, l. 2-5, l. 9. Cf. Isidore, *Origines*, V, 6, v[is] Inde, jus gentium, quod eo jure omnes *fere* gentes utuntur.— Walter, *Geschichte des römischen Rechts*, I, § 115, note 157.
(4) Voyez encore D. 48, 22, *De interd., de releg. et deport.*, l. 15, pr. initio.
(5) Gaius, I, 1; I, 1, 2, *De jure natur., gent. et civ.*, § 1, i. f.; D. 1, 1, *De just. et jure*, l. 9, i. f.
(6) I, 1, 2, *De jure natur.. gent. et civ.*, § 11 initio.
(7) Puchta, *Cursus der Institutionen*, II, § 217.
(8) Gaius, I, 183, 185 et 198; III, 122; Ulpien, XI, 18.
(9) Pline, *Epist.*, X, 77.
(10) Pline, *Epist.*, X, 71 et 72.

province (1), relatifs aux droits privés des pérégrins; bien souvent, par l'une de ces voies, des dispositions législatives portées en vue des citoyens romains, étaient étendues plus tard aux provinciaux (2); l'édit des gouverneurs se référait fréquemment aux édits urbains. Subsidiairement au droit des gens et aux dispositions spéciales dont il vient d'être question, on appliquait aux pérégrins leurs lois et coutumes nationales : « *Sibi libertatem censent Græci datam*, dit Cicéron (3), *ut Græci inter se disceptent suis legibus;* » et ailleurs (4) : *Omnes* (*scilicet civitates Ciliciæ*), *suis legibus et judiciis usæ, αὐτονομίαν adeptæ, revixerunt* (5).

Tâchons maintenant de préciser les droits qui, par application des principes prémentionnés, appartenaient aux pérégrins.

9. Le pérégrin pouvait être propriétaire *jure gentium*; il pouvait avoir une chose *in bonis*, et cette propriété était protégée par une revendication utile (6). Sans doute, l'Etat romain était réputé propriétaire du sol provincial (7); mais cette propriété n'avait qu'un caractère nominal. Le pérégrin pouvait acquérir la propriété par un mode du droit des gens, tel que l'occupation, la spécification, la tradition, l'occasion, la confusion (8). A lui s'appliquait encore, *la præscriptio longi temporis*, qui, de simple prescription extinctive de l'action revendicatoire qu'elle était dans le principe, devint bientôt une prescription acquisitive de la propriété ; le but de l'introduction de la *præscriptio longi temporis* fut même en partie de suppléer à l'usucapion, que l'étranger ne pouvait invoquer.

10. Puisque le pérégrin pouvait être propriétaire, il pouvait aussi posséder (9), avoir un droit de servitude, soit personnelle, soit prédiale; du moins, on finit par admettre que le sol provincial était susceptible de servi-

(1) Gaius, I, 6; Cicéron, *Ad Atticum*, VI, Epist. 1, § 15.
(2) Gaius, I, 47 et 53; Ulpien, XI, 20.
(3) Cicéron, *Ad Atticum*, VI, Epist. 1, § 15.
(4) Cicéron, *Ad Atticum*, VI, Epist. 2, § 4.
(5) Walter, *Gesch. des röm. Rechts*, I, § 312.
(6) Arg. Gaius, II, 40 initio.
(7) Gaius, II, 7 initio.
(8) Arg. Gaius, II, 65.
(9) Arg. Gaius, II, 7 initio.

tude (1). Le pérégrin était pareillement capable d'avoir une hypothèque (2), un droit d'emphytéose ou de superficie ; l'hypothèque eut même son régime dans la législation grecque.

11. Le pérégrin était capable de conclure des conventions de toute nature, d'obliger et d'être obligé civilement par elles (3); s'occupant des obligations verbales, Gaius (4) dit : « *Apud peregrinos quid juris sit, singularum civitatium jura requirentes aliud intelligere poterimus* (5). » On appliquait même au pérégrin le contrat verbal de la stipulation, à l'exception de la formule *Spondesne ? Spondeo* (6), le contrat littéral résultant des *chirographa* ou *syngraphæ*, qui était surtout employé par les pérégrins (7), et enfin, d'après quelques jurisconsultes romains, la *transcriptio a re in personam* (8). Il n'est pas douteux non plus qu'en général les quasi-contrats ne fussent applicables aux pérégrins, car ils descendent presque tous du droit des gens. D'après le témoignage de Gaius (9), l'*actio furti* et l'action aquilienne se donnaient au pérégrin et contre lui ; la poursuite se fondait sur une fiction de cité romaine, car les dispositions du droit romain sur ces deux actions ont un caractère civil. Les modes d'extinction des obligations sont aussi très généralement du droit des gens; les pérégrins pouvaient donc les opposer et on pouvait s'en prévaloir contre eux.

12. Le pérégrin pouvait se marier d'après les lois et coutumes de son pays (10) et les enfants issus du mariage étaient légitimes (11). A la vérité, ils n'étaient pas soumis à la puissance paternelle, telle que la concevait le droit

(1) Gaius, II, 31; *Vatic. Fragm.*, 61.
(2) Cf. D. 48, 22, *De interd., et releg., et deport.*, l. 15, pr.
(3) Arg., I, 1, 2, *De jure natur., gent. et civ.*, § 2, i. f., et D. 1, 1, *De just. et jure*, l. 5. Voyez encore D. 48, 22, *De interd., et releg., et deport.*, l. 15, pr
(4) III, 96.
(5) Voyez encore Gaius, III, 120 et 134; Cicéron, *Ad Famil.*, XIII, 56.
(6) Gaius, III, 93-94.
(7) Gaius, III, 134.
(8) Gaius, III, 133.
(9) IV, 37.
(10) Gaius, I, 92.
(11) Arg. D. 2, 4, *De in jus voc.*, l. 5, i. f. Ce texte ne subordonne pas la paternité légitime à des *justæ nuptiæ*.

romain ; cette institution était civile (1) ; mais le père avait sur eux l'autorité limitée conforme au droit des gens (2). Entre époux, le mariage produisait les effets du *jus gentium* ; l'adultère de la femme était un crime (3), et si les dispositions civiles relatives au régime dotal ne recevaient pas d'application au mariage pérégrin, les conventions matrimoniales n'en demeuraient pas moins libres. De même que le mariage, l'adoption se faisait d'après la loi nationale (4). Il est certain que le droit des gens comporte une tutelle des impubères (5), ainsi qu'une tutelle ou curatelle des personnes qui, pour d'autres causes que l'impuberté, ne sont pas en état de se gouverner elles-mêmes. Ces institutions étaient donc étendues aux pérégrins ; presque toutes les cités, dit Gaius (6), s'accordent à reconnaître aux parents le droit de nommer par testament un tuteur à leurs enfants impubères. Le même jurisconsulte (7) paraît vouloir attribuer au droit des gens ce qu'il appelle une quasi-tutelle du sexe : « *Plerumque*, dit-il, *quasi in tutela sunt* (*scilicet feminæ*) : *ut ecce lex Bithynorum, si quid mulier contrahat, maritum auctorem esse jubet aut filium ejus puberem.* »

13. Un citoyen romain ne pouvait tester en faveur d'un pérégrin ; l'institution d'héritier et le legs étaient prohibés (8). Vers la fin de la république, apparurent les fidéicommis, dont l'introduction eut en partie pour but de permettre de tester en faveur des pérégrins (9). Mais si les fidéicommis laissés à des étrangers n'étaient pas caducs comme les legs, si on ne leur appliquait pas les règles sur la dévolution des legs caducs aux *patres* et au trésor public, ils ne produisaient pas non plus d'action en justice ; leur exécution était abandonnée à la loyauté

(1) Gaius, I, 55.
(2) Arg. Gaius, I, 55 et 189.
(3) D. 48, 5, *Ad leg. Jul. de adult.*, l. 13, § 1.
(4) Cicéron, *Ad Famil.*, XIII, Epist. 19, § 2, i. f.
(5) Giaus, I, 189 et 197, i. f.
(6) I, 189.
(7) I, 193.
(8) Théophile, I, 2, 23, *De fideic. hered.*, § 1 initio; C. 6, 24, *De hered. instit.*, l. 1; Gaius, II, 218, i. f.
(9) Gaius, II, 285 initio.

de l'héritier (1). Ce système se maintint jusqu'à un sénatus-consulte d'Adrien, qui déclara les pérégrins incapables de recevoir des fidéicommis et soumit ceux-ci aux règles de la caducité (2); l'incapacité des pérégrins de recueillir quelque chose en vertu d'un testament romain, devint ainsi absolue. Mais, d'un autre côté, le pérégrin pouvait tester, d'après la loi de son pays (3), non seulement en faveur d'un citoyen romain (4), mais encore, au profit d'un pérégrin, tout au moins si celui-ci appartenait au même pays; la capacité de tester accordée aux pérégrins eût été peu sérieuse, si elle n'avait eu pour but que de permettre de disposer en faveur d'un citoyen romain (5). De même, la succession *ab intestat* d'un pérégrin était déférée, conformément à sa loi nationale, tout au moins aux successibles de même nationalité ou romains (6).

14. Passons à l'administration de la justice. Pendant les cinq premiers siècles de Rome, les pérégrins ne pouvaient probablement pas soutenir un procès en personne, mais seulement par un citoyen romain (7). En l'année 246 avant J.-C., fut créé le préteur pérégrin, précisément dans le but de rendre la justice entre les pérégrins ainsi que entre les pérégrins et les citoyens romains (8). Dès ce moment, les pérégrins purent ester personnellement en justice. Primitivement, la procédure suivie dans les contestations qui intéressaient les pérégrins était celle des *legis actiones*; il est certain que cette procédure s'appliquait aux pérégrins, sauf l'obligation de se faire représenter par un citoyen romain (9). Plus tard, les *legis actiones* furent remplacées par le système formulaire (10), et peut-être que les formules furent appliquées au péré-

(1) I, 2, 23, *De fideic. hered.*, § 1; Théophile, l. c.
(2) Gaius, II, 285, i. f.
(3) Arg. Ulpien, XX, 14.
(4) Pline, *Epist.*, X, 69 et 70.
(5) Cf. Cicéron, *In Verrem*, actio II, lib. 2, c. 22, § 53, et *Pro Cæcina*, c. 35, § 102.
(6) Voyez les mêmes textes et Cicéron, *Ad Famil.*, XIII, Epist. 19, § 2, i. f.
(7) Cf. Cicéron, *De Off.*, I, 11, et *Ad Famil.*, XV, Epist. 4, § 15.
(8) D. 1, 2; *De O. j.*, l. 2. § 28.
(9) Arg. Gaius, IV, 31 initio.
(10) Gaius, IV, 30.

grins avant de l'être aux citoyens romains; donc, avant la loi Aebutia portée vers l'année 200 avant J.-C. (1). En ce qui concerne la nationalité des juges du fond, le principe général était que le juge devait être citoyen romain; mais, dans beaucoup de provinces, c'était un pérégrin de la province, lorsque les deux plaideurs étaient pérégrins et même, parfois, par cela seul que le défendeur avait cette qualité; notamment, le Sicilien défendeur avait droit à la nomination d'un juge sicilien (2). Ces dérogations à la règle générale n'étaient admises que sur le fondement d'une disposition spéciale de la constitution de la province (*forma provinciæ*), ou de l'édit du gouverneur (3). Sous l'empire, se développèrent les *cognitiones extraordinariæ*, qui, depuis Dioclétien, sont seules demeurées en usage, sans distinction de nationalité.

15. Quelques mots sur la législation de Justinien. La capacité civile des pérégrins proprement dits se détermine toujours d'après la grande distinction du *jus civile* et du *jus gentium*. Mais le *jus civile* s'est considérablement élargi; il s'est rapproché du *jus gentium*. Le mariage civil et le mariage du droit des gens se sont confondus (4). L'agnation a perdu à peu près toute son importance. La tutelle du sexe, la *manus* et le *mancipium* ont disparu. Pareillement la propriété civile et la propriété censitaire se sont fusionnées; la propriété des pérégrins est protégée comme celle des citoyens romains; les fonds provinciaux sont assimilés aux fonds italiques (5), et, du moins entre-vifs, les pérégrins peuvent acquérir par un mode du droit civil aussi bien que par un mode du droit des gens. Enfin, la stipulation, ayant été dépouillée de ses termes solennels, leur est absolument applicable, les *nomina transcriptitia* sont tombés en désuétude et longtemps auparavant le *nexum* avait eu le même sort.

(1) Puchta, *Cursus der Institutionen*, t. I, § 83, i. f., t II. § 163, et note a.

(2) Cicéron, *In Verrem*, actio II, lib. 2, c. 13, § 32. Pour la Grèce, voyez Cicéron, *Ad Atticum*, VI, Epist. 1, § 15, « v^{is} Græci vero exsultant, quod peregrinis judicibus utuntur ».

(3) Puchta, *Cursus der Institutionen*, I, § 67.

(4) Arg. C. 5, 17, *De repud.*, l. 1 initio.

(5) C. 7, 31, *De usuc. transform.*, l. un., pr. initio.

§ III. *Des Latins.*

16. Ce qui distinguait les populations du Latium des pérégrins proprement dits au point de vue de la capacité civile, c'était le *commercium;* celui-ci n'appartenait pas aux pérégrins ordinaires; il appartenait aux Latins. L'argument capital en faveur de cette proposition, qui ne s'appuie sur aucun texte formel, est que le *commercium* constituait l'élément essentiel de la Latinité artificielle accordée à des non-Latins (1); or cette Latinité n'était qu'une imitation de celle qui se fondait sur la nationalité. Mais les Latins étaient dépourvus du *conubium*, du moins pendant la période postérieure à la grande guerre latine (338 avant J.-C.) (2); car pour la période antérieure, il paraît en avoir été autrement (3).

17. La condition civile des autres Latins étaient généralement la même; ils avaient eux aussi le *commercium* (4), mais non le *conubium* (5). Cependant, parmi les colonies latines antérieures à la loi Julia de l'an 90 avant J.-C., il y en avait qui étaient réduites au *commercium* entre-vifs; le *commercium* à cause de mort ne leur appartenait pas (6). Cette dernière condition était aussi celle des Latins Juniens (7). Ainsi le Latin Junien ne pouvait tester (8), ni recueillir une hérédité testamentaire ou un legs (9); l'hérédité et le legs qui lui étaient déférés devenaient caducs s'il n'acquérait pas la cité romaine dans les cent jours après la mort du testateur (10). Mais le Latin Junien était capable de recueillir un fidéicommis (11).

(1) Ulpien, XIX, 4.
(2) Arg. Ulpien, V, 4.
(3) Tite-Live, II, 49; Denys d'Halic., VI, 1.
(4) Ulpien, XIX, 4.
(5) Ulpien, V, 4.
(6) Cicéron, *Pro Cæcina*, c. 35, § 102. — Cf. Puchta, *Institut.*, I, § 63.
(7) Ulpien, XIX, 4; XX, 14 initio.
(8) Ulpien, XX, 14 initio.
(9) Gaius, II, 275 initio.
(10) Ulpien, XXII, 3
(11) Gaius, II, 275; Ulpien, XXV, 7.

§ IV. *Des déditices, des barbares et des personnes ayant perdu la cité à titre de peine.*

18. Nous nous attacherons aux déditices; ce que nous en dirons s'applique aux barbares et aux citoyens déchus à titre de peine de la cité romaine. Il est tout d'abord constant que, pas plus que les pérégrins ordinaires, les déditices n'étaient admis à invoquer les droits fondés sur le *jus civile* (1) (voyez ci-dessus n° 6). Ils ne pouvaient pas davantage se prévaloir sous un rapport quelconque de leur droit national; car d'après le point de vue romain, ils n'avaient pas de patrie, ni, partant, de loi nationale : « Nullius certæ civitatis civis est (scilicet dediticius) », dit Ulpien (2) (Cf. n° 8). Dès lors les déditices étaient absolument incapables de tester, soit d'après la loi romaine, soit d'après la loi nationale (3). Ils ne pouvaient non plus recueillir par testament, ni en vertu du testament d'un concitoyen, ni en vertu du testament d'un autre pérégrin ou d'un citoyen romain (4). Cette incapacité, qui originairement ne s'appliquait pas aux fidéicommis (5), fut étendue à ceux-ci par un sénatus-consulte d'Adrien (6). Les déditices ne jouissaient pas davantage du droit de succession *ab intestat* (7) (Cf. n° 13). Leur capacité se restreignait exclusivement aux droits fondés sur le *jus gentium*, tels qu'ils ont été déterminés pour les pérégrins proprement dits (8) (Cf. n°s 7, 9, 10, 11, 12, 14 et 15), et aux droits qui leur avaient été concédés d'une façon spéciale par des dispositions législatives (Cf. n° 8).

P. VAN WETTER.

(1) Arg. D. 48, 19, *De pœn.*, l. 17, § 1.
(2) XX, 14.
(3) Ulpien, XX, 14.
(4) Ulpien, XXII, 2; Arg. C. 6, 24, *De hered. instit.*, l. 1.
(5) Gaius, II, 285 initio.
(6) Gaius, II, 285, i. f.
(7) Arg. D. 48, 22, *De interd., et relig., et deport.*, l. 15, § 1, cbn. avec D. 48, 19, *De pœn.*, l. 2, § 1.
(8) Arg. D. 48, 19, *De pœn.*, l. 17, § 1, et D. 48, 22, *De interd., et releg., et deport.*, l. 15, pr. — Puchta, *Institut.*, II, § 217.

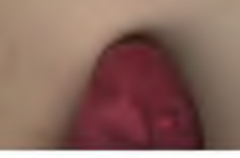


TABLE DES MATIÈRES.

INTRODUCTION.

Y A-T-IL UN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ?

§ III. *Caractère du droit international privé.*

§ IV. *La science et l'enseignement.*

PREMIÈRE PARTIE

HISTOIRE DU DROIT INTERNATIONAL.

CHAPITRE Ier. — L'ANTIQUITÉ.

§ Ier. *L'histoire de l'humanité et l'histoire du droit.*

No 1. Dieu et l'homme.

No 2. Le règne de la force et le droit.

§ II. *Les peuples théocratiques. Les castes.*

§ III. *Les peuples commerçants. Relations internationales.*

§ IV. *La Grèce. Le droit entre les cités.*

N° 1. Les étrangers.

I. *Les étrangers sans droit. Le droit dans la cité.*

II. *Le droit entre les cités. Les traités.*

N° 2. Les Barbares hors du droit. La philosophie.

§ V. *Rome. La force et le droit.*

N° 1. L'étranger sans droit.

N° 2. Les pérégrins.

N° 3. Le droit des gens.

N° 4. La justice internationale.

I. *Le patronat.*

II. *Les récupérateurs et le préteur pérégrin.*

III. *Le droit international privé.*

N° 5. La constitution antonine.

N° 6. Le cosmopolitisme philosophique et la guerre de conquête.

CHAPITRE II. — LE CHRISTIANISME ET LES BARBARES.

§ I[er]. *Le christianisme. L'unité absolue.*

N° 1. Le christianisme fictif.

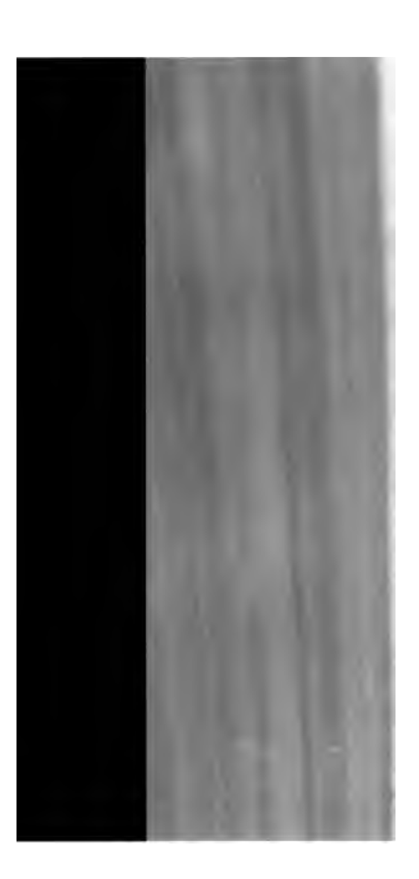
I. *Le faux idéal.*

II. *Le christianisme et le droit international.*

N° 2. L'unité catholique.

N° 3. L'unité philosophique.

aques contre l'idée de l'Eglise. Sécularisation de l'Etat.



N° 3. La personnalité du droit.

§ III. *La féodalité.*

N° 1. Le génie féodal.

N° 2. La liberté civile.

N° 3. La féodalité et le droit international.

N° 3. La théorie des statuts.

N° 4. Des statuts personnels.

N° 5. Des statuts réels.

N° 6. Du statut des formes.

N° 7. Lutte de la personnalité et de la réalité.

§ II. *Les statutaires.*

N° 1. Considérations générales.

I. *Les glossateurs et les statutaires.*

II. *Droit des étrangers. Le droit d'aubaine.*

N° 2. Charles Dumoulin.

I. *Dumoulin traditionnaliste tout ensemble et novateur.*

II. *Le statut des conventions.*

III. *Les statuts concernant la communauté et les conventions matrimoniales.*

N° 3. D'Argentré.

I. *Réalisme de d'Argentré.*

II. *D'Argentré et Dumoulin. Le statut de communauté.*

N° 4. Guy Coquille.

N° 5. La jurisprudence.

N° 6. Les statutaires belges et hollandais.

I. *Le réalisme dans les Pays-Bas.*

IV. *Jean Voet et Huber. La doctrine de la courtoisie ou de l'intérêt.*

N° 7. Les statutaires français du dix-huitième siècle.

I. *Considérations générales.*

§ III. *Critique de la doctrine des statuts.*

CHAPITRE IV. — DOCTRINE DE L'INTÉRÊT.

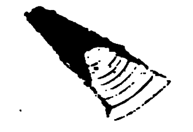
§ I. *Les Anglo-Américains.*

§ II. *Le réalisme anglo-américain.*

§ III. *Courtoisie ou droit?*



Négociations diplomatiques.




UNIVERSITY OF MICHIGAN
3 9015 06302 6911

